

A FISCALIZAÇÃO EXTERNA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS E A INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES

A reforma europeia, a influência norte-americana e a transposição para o direito português¹

José João Montes Ferreira Gomes²

Uría Menéndez

1. INTRODUÇÃO: O PROBLEMA E SUA ACTUALIDADE

I. Os escândalos financeiros que abalaram os Estados Unidos entre 2001 e 2003 (entre os quais se destacaram os de sociedades como a Enron, WorldCom e Tyco) e a Europa (com a Royal Ahold, a Skandia Insurance of Sweden e, finalmente, a Parmalat) alertaram a comunidade académica e as instituições políticas a nível mundial para a necessidade de reforma do direito societário e dos valores mobiliários.

Nos Estados Unidos, a doutrina tende a identificar como principais causas destes escândalos o excessivo desenvolvimento regulamentar dos princípios contabilísticos (*General Accepted Accounting Principles* ou GAAP), o aumento dos incentivos dos gestores para cometer fraudes contabilísticas e, sobretudo, o aumento dos incentivos aos *gatekeepers*³ (ou “guardiões do sistema mobiliário”⁴) para serem coniventes com essas fraudes⁵.

¹ O presente estudo foi elaborado com base no relatório apresentado, em Outubro de 2005, na cadeira de Sociedades Comerciais regida pelo Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge, no Curso de Mestrado e Doutoramento em Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, e agraciado com o PRÉMIO CMVM 2005. A versão completa do referido relatório pode ser consultada em <http://www.cmvm.pt/NR/exeres/6D6EF9BC-67E3-4B78-813A-9582D56843BE.htm>.

Procurámos actualizar o conteúdo deste trabalho face à Directiva relativa à revisão legal de contas e ao Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, entretanto publicados. No entanto, o (brevíssimo) prazo de revisão que nos foi concedido determinou uma actualização necessariamente deficiente.

Este projecto de investigação beneficiou imensamente dos comentários da Prof. Doutora Katharina Pistor, do Prof. Doutor Cândido Paz-Ares e do Dr. Pedro Maia. Não obstante, quaisquer erros ou incorrecções são da exclusiva responsabilidade do autor.

² Assistente-estagiário da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Advogado associado sénior da Uría Menéndez.

³ Este conceito é comumente usado no âmbito do mercado de valores mobiliários norte-americano (e cada vez mais a nível europeu) onde se denominam normalmente por *gatekeepers* os «intermediários reputacionais que servem os investidores através da preparação, verificação ou certificação da informação que recebem». Os exemplos típicos de *gatekeepers* são os auditores, responsáveis pela revisão legal de contas, os bancos de investimento, responsáveis pela estruturação e implementação de transacções financeiras, os analistas financeiros, responsáveis pela análise da informação relativa a emitentes e valores mobiliários, as sociedades de notação de risco, responsáveis pela análise do risco de crédito e, questionavelmente, os advogados, responsáveis pela emissão de pareceres jurídicos essenciais para determinadas transacções financeiras. Como resulta do exposto, em algumas profissões, os serviços de *gatekeeping* constituem o núcleo essencial dos serviços prestados, enquanto noutras este tipo de serviços é prestado acessória e ocasionalmente.

A estabilidade do mercado assenta no papel desempenhado por estes profissionais, cujos incentivos privados para fiscalizar a informação recebida dos seus clientes serve de garantia à fiabilidade dessa mesma informação. Aos seus incentivos privados acrescem incentivos legais, nomeadamente os decorrentes da responsabilidade civil, disciplinar, administrativa e penal. Os seus incentivos privados decorrem do penhor da sua reputação (o seu activo mais precioso e condição de acesso ao mercado) na prestação dos seus serviços. Na medida em que arrisquem esse activo por um cliente, arriscam-se a perder os demais clientes.

As duas primeiras causas não encontram paralelo na Europa Continental, uma vez que os sistemas contabilísticos são, em geral, baseados em princípios gerais e não no desenvolvimento regulamentar e as opções sobre acções têm um peso muito menor na remuneração dos gestores⁶. O mesmo não sucede com a terceira causa que parece explicar,

Os incentivos legais baseiam-se na ideia teorizada por REINIER H. KRAAKMAN no seu artigo histórico *The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy* (*Journal of Law, Economics and Organization*, II:1 (1986) 53-104) que pode ser sintetizada nos seguintes termos: os *gatekeepers*, enquanto profissionais independentes, têm um benefício muito reduzido nas práticas fraudulentas dos seus clientes, mas assumem um risco muito elevado (risco de perder a sua reputação). Assim, são necessários menos incentivos legais para garantir o cumprimento da legalidade através dos *gatekeepers* do que para garanti-lo através dos seus clientes. Neste sentido, entende-se que a intervenção de *gatekeepers* diminui substancialmente a prática de irregularidades financeiras. Vide JOHN C. COFFEE, JR. – Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, *Boston University Law Review*, 84, p. 301 s. (<http://ssrn.com/abstract=447940>) e The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC, *Columbia Law Review*, 103, p. 1296. Para uma perspectiva europeia deste tema, vide GUIDO FERRARINI e PAOLO GIUDICI – *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, ECGI Law Working Paper no. 40/2005 (<http://ssrn.com/abstract=730403>).

⁴ De acordo com a tradução de PAULO CÂMARA – O Governo das Sociedades em Portugal: Uma Introdução. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 12 (Dezembro de 2001) 51. Noutro artigo o autor refere-se aos auditores como “guardiões da legalidade contabilística e do rigor da informação financeira”. PAULO CÂMARA – A Actividade de Auditoria e a Fiscalização de Sociedades Cotadas: Definição de um Modelo de Supervisão, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 16 (Abril de 2003) 94.

⁵ As primeiras reacções aos escândalos que se sucediam apontavam como principais causas (i) a euforia do mercado bolsista (*market bubble*), (ii) o declínio da moral no mundo dos negócios, (iii) a fraqueza dos conselhos de administração, e ainda (iv) um aumento da “ganância infecciosa”. Vide COFFEE – *Gatekeeper Failure*. Vide tb. do mesmo autor, What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s, *Cornell Law Review*, 89 (2004) 269 (<http://ssrn.com/abstract=373581>); e Understanding Enron: It’s About the Gatekeepers, Stupid, *Business Lawyer*, 57 (2002) 1403-1421 (http://ssrn.com/abstract_id=325240).

⁶ No que respeita às normas contabilísticas, os GAAP são em grande medida baseados num desenvolvimento regulamentar (compreendendo dezenas de milhares de páginas de regras contabilísticas acumuladas ao longo de décadas) que estabelece regras precisas sobre práticas contabilísticas consideradas aceitáveis e inaceitáveis. Num mercado altamente dinâmico, caracterizado por sistemas de remuneração dos gestores das sociedades baseados no desempenho financeiro das respectivas sociedades (como veremos adiante) e pela inovação constante da “engenharia financeira” (em especial associada ao uso de derivados financeiros), os contabilistas e os advogados desenvolvem de forma criativa produtos e métodos contabilísticos que, permitidos pela letra da lei, limitam a capacidade das demonstrações financeiras para apresentar fielmente a situação contabilística das sociedades. Na União Europeia, a Comissão tem promovido uma política de informação contabilística baseada em princípios concebidos para reflectir a realidade económica e apresentar uma imagem verdadeira da posição financeira e do desempenho das sociedades. No centro desta estratégia está a aplicação das Normas Internacionais de Contabilidade (*International Accounting Standards* ou IAS) a todas as sociedades europeias com valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado (Cf. Regulamento (CE) N.º 1606/2002 do Parlamento e do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade, JO L 243 de 11.9.2002, p.1) Vide COMISSÃO EUROPEIA - *Note for the informal Ecofin council (Oviedo, 12 and 13 April): A first EU response to Enron related policy issues*. (http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/enron/ecofin_2004_04_enron_en.pdf).

No que respeita aos incentivos dos gestores para cometer fraudes contabilísticas, a estrutura accionista dispersa, característica dos sistemas anglo-saxónicos (em especial do sistema inglês e norte-americano), implica a criação de incentivos aos gestores das sociedades (incluindo neste conceito não só os administradores executivos, mas também os funcionários no topo da hierarquia societária e com capacidade decisória) de forma a ultrapassar os *agency problems* inerentes a essas estruturas accionistas. Dito de outra forma, num sistema de estrutura accionista dispersa, em que nenhum accionista assume uma posição suficientemente forte para pressionar a administração para maximizar o valor do capital investido pelos accionistas, os gestores têm a tendência natural para maximizar o seu proveito pessoal em prejuízo dos interesses da sociedade.

O sistema de incentivos mais usado nos Estados Unidos (que teve um desenvolvimento exponencial durante a década de 90) foi o da remuneração dos gestores através de opções sobre acções. Procurou-se por este meio alinhar os interesses destes profissionais com os interesses da sociedade, na medida em que o resultado desta determina o valor das suas acções no mercado, sendo este essencial ao exercício proveitoso das opções sobre acções. Estes sistemas de remuneração estiveram, alegadamente, na origem da maioria dos escândalos verificados nos Estados Unidos, caracterizados pela adulteração das demonstrações financeiras das sociedades

em grande medida, os principais escândalos norte americanos e europeus. Este fenómeno (aumento dos incentivos dos *gatekeepers* para serem coniventes com as fraudes contabilísticas) deve ser visto como uma causa conjuntural e, como tal, deve ser conjugado com a principal causa estrutural das crises tipicamente europeias, isto é, a concentração accionista e a obtenção de benefícios privados pelos accionistas dominantes⁷, em prejuízo da sociedade e dos seus *stakeholders*⁸. O caso Parmalat, que conjugou estas causas, constitui o exemplo paradigmático das fraudes europeias, tal como a Enron e a Worldcom são os exemplos típicos das fraudes norte-americanas⁹. Sem a colaboração dos *gatekeepers* nas

envolvidas, para que estas apresentassem resultados que permitissem um proveitoso exercício das opções pelos gestores. A forma como foram estruturados esses sistemas de remuneração não só não alinhou os interesses dos gestores e das sociedades a longo prazo – na medida em que o interesse dos gestores se resumia à maximização dos proveitos da sociedade pelo prazo suficiente ao exercício das suas opções que era, em geral, curto – como criou incentivos à criação de esquemas fraudulentos que permitissem aumentar artificialmente os resultados da sociedade.

Ao contrário, num sistema caracterizado por estruturas accionistas concentradas, como os sistemas típicos da Europa Continental, os accionistas dominantes podem exercer uma determinada pressão directa sobre a administração para assegurar o cumprimento de determinados objectivos por si fixados, através do seu poder de supervisão e substituição da administração (*command and control*). Deixam assim de fazer tanto sentido sistemas de incentivos como o das opções sobre acções. Neste contexto, os gestores têm menos espaço e menos incentivos para implementar esquemas para aumentar artificialmente os resultados da sociedade (à revelia dos accionistas dominantes). Acresce que os accionistas dominantes, enquanto tal, têm um interesse diminuto nas variações diárias da cotação das acções da sociedade no mercado. Primeiro, porque o seu investimento é tendencialmente de longo prazo (por oposição ao investimento dos pequenos investidores). Segundo, porque, caso decidam alienar a sua posição accionista, essa alienação decorrerá na sequência de negociações privadas em que procurarão extrair o maior “prémio de controlo” possível. Este sistema apresenta no entanto riscos próprios relativos à obtenção de benefícios privados pelos accionistas dominantes, como veremos adiante. Apesar de estas considerações se referirem, na sua origem, ao governo das sociedades cotadas, não deixam de fazer sentido, com as necessárias adaptações, a propósito das sociedades não cotadas.

⁷ Enquanto nos mercados emergentes a obtenção de benefícios privados pelos accionistas dominantes ocorre tendencialmente através de transacções financeiras (por exemplo quando o capital social é disperso através de uma oferta pública e depois readquirido através de aquisições potestativas abaixo do valor de mercado), nos mercados mais desenvolvidos utilizam-se mecanismos operacionais (por exemplo, quando os accionistas dominantes pressionam a administração da sociedade a contratar bens ou serviços de sociedades por si detidas). Este tipo de mecanismos, que permite aos accionistas dominantes transferir recursos de uma sociedade onde têm uma participação menor para uma sociedade onde têm uma participação maior, parecem ser frequentes nas economias europeias, levando alguns autores a defender que a concentração accionista (nas mãos de accionistas com maioria absoluta de capital social) é simplesmente ineficiente por permitir demasiados comportamentos predatórios.

De acordo com ALEXANDER DYCK e LUIGI ZINGALES – Private Benefits of Control: An International Comparison, *Journal of Finance* 59 (2004) 537, os benefícios privados extraídos pelos accionistas dominantes variam substancialmente de jurisdição para jurisdição, entre -4% e +65%, dependendo em grande medida da protecção legal dos accionistas minoritários. Vide também TATIANA NEVONA – *The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-Country Analysis*, (Julho de 2000)(<http://ssrn.com/abstract=237809>). Apesar de os estudos indicarem que o mercado se preocupa com o nível de benefícios privados extraídos pelos accionistas dominantes, parece que o mesmo tem pouca capacidade para distinguir em tempo útil os benefícios que estão de facto a ser expropriados. Cf. OLAF EHRARDT e ERIC NOWAK – *Private Benefits and Minority Shareholder Expropriation (or What Exactly Are Private Benefits of Control)*(Junho de 2003), EFA Annual Conference Paper No. 809 (<http://ssrn.com/abstract=423506>).

⁸ Expressão anglo-saxónica, comummente usada a nível internacional, para referir todos aqueles que detêm um interesse legítimo na sociedade, isto é, accionistas, trabalhadores e credores (incluindo o próprio Estado).

⁹ No caso Parmalat, o auditor certificou as contas desta sociedade, não obstante o historial de extracção de benefícios privados pela família Tanzi em prejuízo da sociedade, dos seus accionistas minoritários, trabalhadores e credores. Com efeito, o escândalo Parmalat tornou-se do conhecimento público quando se comprovou que uma conta de 3,9 mil milhões de Euros aberta junto do Bank of America era fictícia. Parece que cerca de 2,3 mil milhões de Euros foram indevidamente pagos a pessoas ligadas à empresa e ao accionista dominante. Tudo indica que o accionista dominante obteve benefícios ilícitos, através de transacções com terceiros, ao longo de uma década. Para uma descrição detalhada do caso Parmalat, vide ALESSANDRA GALLONI e DAVID REILLY – How Parmalat Spent and Spent, *Wall Street Journal*, 23 de Julho de 2004. Vide tb. ANDREA MELIS, *Corporate*

práticas fraudulentas dos seus clientes nunca se teriam verificado os escândalos referidos, dado que não teria sido possível aos gestores das sociedades envolvidas estruturar e executar as complexas operações que estiveram na sua origem¹⁰. Na base dessa colaboração estiveram graves conflitos de interesses que explicam porque é que estes profissionais arriscaram a sua reputação e se sujeitaram ao risco da responsabilidade em benefício de um cliente.

Perante esta situação e como refere PAULO CÂMARA, assumiu forma um movimento reformista a nível internacional, porquanto nenhum modelo de regulação se considerou imune aos problemas detectados. «Pelo impacto que estes temas revestem para a competitividade do mercado de capitais e da economia nacionais, Portugal não poderá alhear-se deste esforço de aperfeiçoamento do enquadramento normativo, devendo antes procurar activamente soluções que se adaptem às singularidades do tecido empresarial português e que, simultaneamente, se mostrem suficientemente avançadas para robustecer a confiança dos investidores nacionais e para se considerarem à altura das novas expectativas globais»¹¹.

II. É neste contexto que analisaremos a fiscalização externa das sociedades pelos auditores (exemplo paradigmático de *gatekeepers* enquanto guardiães da legalidade contabilística e do rigor da informação financeira¹²), considerando não só a sua importância na garantia da credibilidade e fiabilidade das contas das sociedades, mas também o facto de este ser um tema há muito descurado pela doutrina portuguesa.

Neste sentido, entendemos que o cerne da questão, cuja resolução se impõe antes de mais (como o demonstraram os sucessivos escândalos financeiros), reside na independência dos auditores¹³. Como tal, analisaremos os aspectos mais relevantes da garantia dessa independência, considerando soluções discutidas internacionalmente, como a constituição de uma comissão de auditoria nas entidades de interesse público (responsável pela selecção, remuneração e destituição do auditor); a regulação das relações entre o auditor e a sociedade auditada, em especial no que respeita à prestação de serviços extra-auditoria; e a rotação do auditor.

2. O CONCEITO E A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO EXTERNA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

I. Desde a proclamação da liberdade de constituição de sociedades comerciais de responsabilidade limitada¹⁴ que se coloca a questão da sua fiscalização. Ao contrário do que

Governance Failures. To What Extent is Parmalat a Particularly Italian Case? (30 de Setembro de 2004)(<http://ssrn.com/abstract=563223>).

¹⁰ Hoje parece ser indiscutível que alguns dos mais prestigiados bancos de investimento colaboraram activamente na estruturação financeira dessas operações, que advogados prestaram a necessária assessoria jurídica, que auditores certificaram as contas das sociedades, e que os analistas financeiros e as sociedades de notação de risco fizeram por ignorar determinados indícios de práticas ilícitas. Paralelamente, os investidores actuavam no mercado baseando as suas opções de investimento em pressupostos totalmente errados, vivendo o mercado à margem da realidade, dando por certo um conjunto de informações que na realidade fora produzido para o efeito.

¹¹ Vide PAULO CÂMARA – *A Actividade de Auditoria*, p. 93-94.

¹² IDEM.

¹³ Entendemos que também a responsabilidade civil dos auditores é fundamental (enquanto incentivo ao cumprimento das suas obrigações e mecanismo de ressarcimento dos prejuízos dos lesados) na reforma da fiscalização de sociedades. No entanto, neste estudo debruçamo-nos apenas sobre o reforço da independência dos auditores, deixando de fora a questão da sua responsabilidade civil que, pela sua complexidade, requer um estudo mais aprofundado noutra sede.

¹⁴ Proclamada *e.g.*, em Nova Iorque em 1811 (ainda que sob determinadas condições), em Inglaterra em 1844 e em França em 1856. Em Portugal a liberdade de constituição de sociedades de responsabilidade limitada foi proclamada em 1867.

sucedida nas sociedades de pessoas, desde cedo a realidade demonstrou ser difícil, senão mesmo inviável, a fiscalização pelos sócios neste tipo de sociedades e, em especial nas sociedades anónimas. Esta questão é tanto mais importante quanto nestas sociedades estão normalmente envolvidos não só os interesses de um conjunto maior ou menor de sócios, mas também os interesses de obrigacionistas, trabalhadores e mesmo da vida económica do país como um todo.

II. Ao longo dos tempos foram diversas as soluções encontradas a nível internacional para fazer face a este problema. No modelo de SOLÁ CAÑIZARES¹⁵, os sistemas de fiscalização das sociedades comerciais podem ser classificados da seguinte forma:

(a) “Fiscalização individual” pelos sócios: forma de fiscalização típica das sociedades de pessoas, inicialmente estendida às sociedades de capitais pela generalidade dos sistemas jurídicos, constitui um princípio de *common law* no direito anglo-americano e norma em muitos sistemas de direito continental. Aquela extensão acarretou desde cedo dificuldades, em especial nas sociedades anónimas, levando a doutrina e a jurisprudência a limitar o exercício deste tipo de fiscalização, de forma a salvaguardar o normal funcionamento das sociedades¹⁶.

(b) “Fiscalização administrativa” por funcionários, órgãos ou agentes da administração pública ou de outras públicas, podendo verificar-se antes da constituição da sociedade, durante o seu funcionamento ou aquando da alteração dos seus estatutos¹⁷;

(c) “Fiscalização judicial”, que pode ser permanente (tendo lugar desde a constituição da sociedade e durante todo o seu funcionamento), enquanto noutros se concretiza apenas aquando da constituição da sociedade (como sucede nos casos em que o registo comercial está a cargo de um juiz) e, noutros ainda, verifica-se apenas em determinados momentos durante o funcionamento da sociedade¹⁸.

(d) “Fiscalização privada” por comissários, síndicos, ou revisores que podem ser designados pela assembleia geral (como sucede, em geral, nos países da Europa Continental), pelo conselho de administração (como sucede nos Estados Unidos) ou, em determinados casos, pelo tribunal.

Dentro deste tipo de fiscalização podemos distinguir a “fiscalização interna” e a “fiscalização externa”. A primeira compete a um órgão de fiscalização interno (v.g. conselho

¹⁵ FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES – *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Barcelona: Montaner y Simón, S.A., 1943, Tomo III, p. 411.

¹⁶ *Ibidem*, p. 412. Entre nós, esta forma de fiscalização consubstancia-se no direito dos sócios à informação, consagrada nos artigos 214.º a 216.º do CSC relativos às sociedades por quotas e, com menor extensão, nos artigos 288.º a 293.º do CSC relativos às sociedades anónimas.

¹⁷ Em Portugal existe fiscalização administrativa prévia através da intervenção do notário na escritura pública de constituição da sociedade (quando esta seja a forma usada para a constituição) e do Conservador do Registo Comercial no registo da mesma (*cf.* art. 18.º do CSC). A esta fiscalização acresce a que é exercida, aquando da alteração dos estatutos da sociedade, pelos notários (quando nela intervenham) e conservadores do registo comercial. Ainda, durante o funcionamento da sociedade, compete ao Ministério Público requerer, sem dependência de acção declarativa, a liquidação judicial da mesma se o contrato de sociedade não tiver sido celebrado na forma legal ou se o objecto for - ou se tornar -, ilícito ou contrário à ordem pública, se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal (*cf.* artigos 172.º e 173.º do CSC). Finalmente, referimos ainda a supervisão prudencial na área da banca, dos seguros e dos valores mobiliários

¹⁸ Em Portugal, podemos apontar como exemplo de fiscalização judicial o inquérito judicial promovido a pedido do accionista a quem tenha sido recusada informação pedida nos termos dos artigos 288.º e 291.º do CSC (*cf.* artigo 292.º do CSC) ou a pedido de qualquer accionista em caso de abuso de informação, nos termos do artigo 449.º n.ºs 1 e 2 do CSC (*cf.* artigo 450.º do CSC).

fiscal, conselho geral e de supervisão ou comissão de auditoria)¹⁹ e consiste na supervisão permanente da actividade do órgão de administração²⁰. A segunda compete a um auditor independente (em Portugal, o revisor oficial de contas (ROC), desde o Decreto-Lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969) e consiste, em geral, na actividade de verificação e certificação das contas da sociedade²¹. A fiscalização externa pode ser exigida por lei ou requerida/permitida voluntariamente pela sociedade.

A fiscalização externa distingue-se assim conceptualmente da fiscalização interna de sociedades²². No entanto, na prática, estas duas formas de fiscalização aparecem frequentemente sobrepostas ou misturadas²³. Veja-se por exemplo o sistema português, onde, nalguns casos²⁴, o ROC, responsável pela fiscalização externa, integra o órgão de fiscalização interno (nos casos em que este corresponde ao conselho fiscal), confunde-se com o mesmo (nos casos em que o órgão de fiscalização é o fiscal único)²⁵.

Parece-nos que, não obstante apresentar um quadro adequado e completo da realidade da fiscalização das sociedades comerciais, as opções terminológicas de SOLÁ CAÑIZARES podem ser melhoradas. Desde logo preferimos o termo *fiscalização pessoal* em substituição de *fiscalização individual*, porquanto, como veremos adiante, a fiscalização pelos sócios,

¹⁹ PINTO FURTADO refere-se à fiscalização levada a cabo pelo conselho fiscal como “fiscalização interior”, por oposição à “fiscalização exterior”, levada a cabo pelos delegados do Governo nos termos do art. 178.º do CCom. J. PINTO FURTADO – *Código Comercial Anotado*, Vol. 2, Tomo I, Coimbra: Almedina, 1979, p. 422.

²⁰ MENEZES CORDEIRO designa este tipo de fiscalização por “fiscalização orgânica”. Cf. MENEZES CORDEIRO – *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. 1..., p. 770-771.

²¹ Para uma fácil percepção da diferença entre estas duas modalidades de fiscalização, basta comparar as funções atribuídas ao conselho fiscal pelo art. 420.º do CSC e aquelas que são especificamente atribuídas ao ROC no art. 451.º n.ºs 2-4.

²² Que nas sociedades anónimas de modelo clássico compete a um fiscal único ou um conselho fiscal, Cf. art. 413.º do CSC; nas sociedades anónimas de modelo germânico cabe ao conselho geral e de supervisão, Cf. art. 441.º do CSC, em especial, alínea d); e nas sociedades por quotas pode caber a um conselho fiscal, Cf. art. 262.º do CSC ou mesmo a um fiscal único. Vide, neste sentido, RAUL VENTURA – *Sociedades por Quotas*, Vol. 3, Coimbra: Almedina, reimp. 1996, p. 206.

²³ Contra esta solução já se insurgira a Câmara Corporativa no seu parecer ao projecto que veio a dar lugar ao Decreto-Lei 49.381, de 15 de Novembro de 1969, em especial no seu comentário ao art. 1.º. A Câmara admitia que pudessem cumular-se estas duas formas de fiscalização, mas manifestou-se contra a interferência do revisor oficial de contas, enquanto pessoa estranha à sociedade, no órgão interno da sociedade. Ainda que pudessem coexistir, estas duas formas de fiscalização não se deviam misturar como propunha o Governo no art. 1.º do projecto, solução que se veio a manter na versão final deste Decreto-Lei e a passar em 1986 para o actual Código das Sociedades Comerciais. Vide CÂMARA CORPORATIVA (Adelino da Palma Carlos, Rel.) – *Parecer n.º 32/IX ao Projecto de decreto-lei n.º 13/IX*, Actas da Câmara Corporativa, 149 (8 de Outubro de 1969) 2289-2302.

Também nós defendemos a separação dos mecanismos de fiscalização interna dos mecanismos de fiscalização externa, procurando garantir uma maior independência do auditor no exercício desta última. Vide infra capítulo 4.1.5, onde revisitaremos o conselho fiscal, sua composição e funções (no âmbito da discussão sobre as comissões de auditoria). Esta solução acabou finalmente por ser imposta às chamadas “entidades de interesse público” pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, na transposição antecipada da Directiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006, relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, que altera as Directivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho e que revoga a Directiva 84/253/CEE do Conselho.

²⁴ No caso das sociedades anónimas (a) que não sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado; (b) que, não sendo totalmente dominadas por outra sociedade que adopte este modelo, durante dois anos consecutivos, não ultrapassem dois dos seguintes limites: (i) *total do balanço*: € 100.000.000; (ii) *total das vendas líquidas e outros proveitos*: € 150.000.000; (iii) *número de trabalhadores empregados em média durante o exercício*: 150; e (c) que não optem pela separação do ROC e do conselho fiscal (Cf. art. 413.º n.º 2 do CSC).

²⁵ Cf. arts. 413.º n.º 1 e 414.º n.ºs 1 e 2 do CSC. Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, nos casos em que a fiscalização da sociedade cabia antes de mais ao conselho geral (agora chamado “conselho geral e de supervisão”), de acordo com a estrutura dualista, o ROC exercia os poderes do conselho fiscal, nos termos do n.º 4 do art. 446.º do CSC, hoje revogado.

sendo por definição pessoal, nem sempre é individual, podendo ser voluntária ou colectiva. Por outro lado, entendemos que o termo “fiscalização privada” é equívoco, na medida em que também a “fiscalização individual” (ou “pessoal”, na terminologia que preferimos) pelos sócios é uma forma de fiscalização privada. No entanto, na falta de uma alternativa mais adequada, mantemos, por ora, este termo.

III. Neste quadro, a fiscalização de uma sociedade por uma entidade independente é essencial ao seu financiamento, seja este realizado através de entradas de capital ou constituição de dívida, na medida em que os investidores (incluindo neste conceito os accionistas e mutuantes) só estarão dispostos a aportar recursos à empresa quando possam determinar com alguma segurança o risco envolvido nesse investimento.

Esses riscos variam consoante os investidores sejam accionistas ou mutuantes. Num mercado competitivo, os accionistas antecipam o risco de que a gestão dos recursos sociais pelos administradores não maximize o valor da empresa, mas sim o seu próprio benefício (investimentos de risco reduzido, diversificação de actividades, baixo endividamento, etc.). Por seu turno, os mutuantes antecipam o risco de que os administradores adoptem políticas que os beneficiem a eles próprios ou aos accionistas, em seu prejuízo (aumento dos dividendos, substituição de activos, emissão de novos títulos de dívida, etc.)²⁶.

Quanto maior for o risco, maior será o custo do financiamento e menor será a compensação dos administradores²⁷. Assim, a pressão da concorrência força todas as partes envolvidas a investir em mecanismos de controlo do risco (os administradores em mecanismos de garantia e os investidores em mecanismos de fiscalização) até ao ponto em que o custo marginal do investimento iguale o benefício esperado de um menor “custo de agência” (*agency cost*) ou de um menor risco de incumprimento.

3. O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS E A INFLUÊNCIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

3.1. O Código das Sociedades Comerciais e o Código dos Valores Mobiliários

I. O regime português da fiscalização das sociedades comerciais consta, antes de mais, do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-lei n.º 262/86, de 2 de Setembro – recentemente alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março – e que em matéria de fiscalização de sociedades seguiu, nalguma medida, o disposto no Decreto-Lei 49.381, de 15 de Novembro de 1969.

II. No que diz respeito à fiscalização privada das sociedades anónimas, o CSC prevê três modelos de organização societária (estrutura de administração e fiscalização):

- (a) o modelo tradicional português, monista²⁸;
- (b) o modelo germânico, dualista, introduzido em Portugal em 1986; e
- (c) o modelo dito anglo-saxónico, introduzido pela reforma de 2006.

²⁶ CÂNDIDO PAZ-ARES – *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 30.

²⁷ Essa compensação poderá estar associada a uma participação significativa no capital social ou à reputação dos administradores. Neste segundo caso, a perda de valor da empresa afecta a reputação dos seus administradores, reduzindo o seu valor no mercado laboral e aumentando a probabilidade da sua substituição ou da diminuição da sua retribuição.

²⁸ Ao qual a CMVM, na sua proposta de alteração do Código das Sociedades Comerciais chamou “*modelo latino*”.

O modelo monista inclui um conselho de administração (ou um administrador único²⁹) e um conselho fiscal que, em princípio, pode ser substituído por um fiscal único³⁰ (devendo um dos membros do conselho fiscal ou o fiscal único ser um ROC³¹). Só assim não será nas sociedades ditas de interesse público³², i.e. aquelas que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ou que sejam sociedades de grande dimensão³³.

O modelo dualista inclui um conselho de administração executivo³⁴ (ou um administrador único³⁵), um conselho geral e de supervisão e um ROC³⁶. Nas sociedades de interesse público, o conselho geral e de supervisão deve incluir uma comissão para as matérias financeiras³⁷, especificamente dedicada ao exercício de funções de fiscalização do processo de preparação, divulgação e revisão de informação financeira; verificação da eficácia do sistema de gestão de riscos, do sistema de controlo interno e do sistema de auditoria interna; e assegurar a independência do ROC (devendo, inclusivamente, propor o ROC para nomeação pela assembleia geral)³⁸.

O modelo dito anglo-saxónico que, como o próprio nome indica encontra as suas origens nos sistemas jurídicos da *common law*, inclui um conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e um revisor oficial de contas³⁹.

Todos os modelos apresentam uma conjugação dos dois tipos de *fiscalização privada*: a fiscalização por um órgão interno da sociedade (que será, no primeiro caso, o conselho fiscal ou o fiscal único⁴⁰, no segundo, o conselho geral e de supervisão⁴¹ e, no terceiro, a comissão de auditoria⁴²) e a fiscalização por um perito contabilista independente da sociedade, o ROC⁴³. Em todos os casos, os membros do órgão de fiscalização são eleitos e destituídos pela assembleia geral⁴⁴.

Já quanto às sociedades por quotas, pela sua natureza mais próximas das sociedades de pessoas, a fiscalização compete antes de mais aos próprios sócios, sendo facultativa a constituição do conselho fiscal⁴⁵. Segundo RAUL VENTURA, o contrato de sociedade por

²⁹ Se a sociedade tiver um capital social inferior a € 200.000 e o contrato de sociedade assim o dispuser, *cf.* arts. 278.º n.º 2 e 390.º n.º 2 do CSC.

³⁰ *Cf.* arts. 278.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, e 413.º, n.º 1, al. a) do CSC.

³¹ *Cf.* art. 414.º, n.ºs 1 e 2 do CSC.

³² De acordo com o conceito da Directiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006, relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, que altera as Directivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho e que revoga a Directiva 84/253/CEE do Conselho.

³³ *Cf.* art. 413.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, al. a) do CSC. Nos termos desta disposição, são sociedades anónimas de grande dimensão aquelas que, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites: (i) *total do balanço*: € 100.000.000; (ii) *total das vendas líquidas e outros proveitos*: € 150.000.000; (iii) *número de trabalhadores empregados em média durante o exercício*: 150

³⁴ Chamado “direcção” antes da reforma de 2006.

³⁵ Se a sociedade tiver um capital social inferior a € 200.000 e o contrato de sociedade assim o dispuser, *cf.* arts. 424, n.º 2 do CSC.

³⁶ *Cf.* art. 278.º, n.º 1, al. c) do CSC.

³⁷ *Cf.* art. 444.º, n.º 2 do CSC.

³⁸ *Cf.* art. 441.º, als. f) a o), *ex vi*, art. 444.º, n.º 2, *in fine*, do CSC.

³⁹ *Cf.* art. 278.º, n.º 1, al. b) do CSC.

⁴⁰ *Cf.* arts. 420.º e 452.º do CSC.

⁴¹ *Cf.* arts. 441.º e 453.º do CSC.

⁴² *Cf.* arts. 423.º-F do CSC.

⁴³ *Cf.* arts. 420.º n.º 3; 420.º-A; 446.º 421.º n.º 2 e 3 do CSC.

⁴⁴ *Cf.* arts. 415.º e 419.º e 423.º-C do CSC.

⁴⁵ *Cf.* art. 262.º n.º 1 do CSC.

quotas pode ainda, em circunstâncias idênticas às previstas para as sociedades anónimas, adoptar o regime do fiscal único⁴⁶. A esta fiscalização acresce a exercida pelo ROC, seja este membro do conselho fiscal (quando exista) ou nomeado quando a sociedade atinja determinada dimensão⁴⁷.

III. Paralelamente ao sistema de fiscalização privada do CSC, estabeleceu o CVM um sistema de fiscalização externa adicional, no âmbito de aplicação definido pelo seu artigo 8.º, determinando que deve ser objecto de relatório elaborado por auditor registado na CMVM a informação financeira anual contida em documento de prestação de contas ou em prospectos que: (a) devam ser submetidos à CMVM; (b) devam ser publicados no âmbito de pedido de admissão à negociação em mercado regulamentado; ou (c) respeitem a instituições de investimento colectivo. No caso de as informações financeiras trimestrais ou semestrais terem sido sujeitas a auditoria ou a revisão limitada, deve ainda ser incluído o relatório de auditoria ou de revisão, caso assim não suceda, deve apenas ser declarado tal facto.

O CVM criou assim uma figura paralela à do ROC previsto no CSC: o auditor externo. Este é um mecanismo, formal e materialmente, de fiscalização externa, na medida em que o auditor externo não integra os órgãos sociais⁴⁸, exercendo com plena independência a sua actividade de verificação e certificação das demonstrações financeiras da sociedade. Esta sobreposição criou algumas dificuldades de articulação de regimes, na medida em que o CSC não reconhece o auditor externo e não regula as suas relações com os órgãos sociais. Deixamos por ora esta questão que analisaremos adiante no capítulo 4.1.5.

3.2. A influência do Direito da União Europeia

I. O regime de fiscalização societária estabelecido pelo CSC em 1986, conjugado com as disposições do Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas⁴⁹, reflectiu as directivas comunitárias em vigor na altura da sua adopção⁵⁰, incluindo a Quarta Directiva do Conselho⁵¹, que impôs a obrigação de que as contas anuais das sociedades anónimas e das sociedades de responsabilidade limitada⁵² fossem certificadas por um profissional qualificado

⁴⁶ Cf. RAUL VENTURA – *Sociedades por Quotas*, Vol. 3, p. 206.

⁴⁷ Cf. art. 262.º n.º 2 do CSC que impõe a nomeação de um revisor oficial de contas quando dois dos três critérios seguintes sejam ultrapassados: (a) total do balanço: 1.500.000 euros; (b) total das vendas líquidas e outros proveitos: 3.000.000 euros; e (c) número de trabalhadores empregados em média durante o exercício: 50. Este regime foi estabelecido por influência do art. 51.º n.º 2 da Quarta Directiva 78/66/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1979, relativa às contas anuais de certas sociedades, que permitiu isentar da aplicação das obrigações previstas nesta directiva as sociedades de reduzida dimensão. Sobre esta transposição do regime comunitário, Vide RAUL VENTURA – *Sociedades por Quotas*, Vol. 3. ..., p.206.

⁴⁸ Ao contrário do ROC que, como vimos anteriormente, é, nalguns casos, membro do órgão de fiscalização interna, exercendo simultaneamente funções de fiscalização externa.

⁴⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 519-L2/79, de 29 de Dezembro. Este diploma (antecedido pelo primeiro Estatuto da Câmara dos ROC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 1/72, de 3 de Janeiro) foi revisto pelo Decreto-Lei n.º 422-A/93, de 30 de Dezembro e revogado pelo novo Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (EOROC) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro.

⁵⁰ Para uma perspectiva global e desenvolvida do direito europeu das sociedades comerciais e da sua transposição para o direito interno português, vide A. MENEZES CORDEIRO – *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2005.

⁵¹ Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no art. 54º, nº 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades. JO L 222, de 14.8.1978, p. 0011-0031; edição especial portuguesa Capítulo 17 Fascículo 1 p. 0055). Vide em especial os arts. 48.º a 51.º. <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31978L0660:PT:HTML>).

⁵² Não obstante o art. 51.º n.º 2 desta Directiva prever um regime de isenção que foi transposto em Portugal para o art. 262.º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

para o efeito⁵³, e a Oitava Directiva do Conselho⁵⁴, relativa à aprovação das pessoas responsáveis pela fiscalização legal de documentos contabilísticos, que definiu as qualificações mínimas dos auditores⁵⁵, não só em termos de qualificações profissionais, como também a nível de idoneidade e independência.

No entanto, nenhuma destas Directivas forneceu qualquer orientação quanto a independência, nomeação, destituição, remuneração, relatórios ou responsabilidade civil dos auditores. Estes temas vieram a ser abordados apenas na proposta de Quinta Directiva do Conselho, sobre a estrutura das sociedades abertas e os poderes e obrigações dos seus órgãos. Com o abandono desta proposta, em 1991, subsistiram as diferenças substanciais de regime entre os diversos Estados-Membros, situação que, na perspectiva da Comissão Europeia, não era compatível com as necessidades de um mercado único europeu.

II. A Comissão publicou então, em 1998, a Comunicação relativa ao futuro da revisão oficial de contas na União Europeia⁵⁶, onde apresentou um plano de acção com diversas propostas entre as quais se destacavam a promoção da qualidade das auditorias e da independência dos auditores a nível europeu. Estas duas directrizes deram origem a duas recomendações: (i) a Recomendação da Comissão 2001/256/CEE, de 15 de Novembro de 2000, «relativa ao controlo de qualidade da revisão oficial de contas na União Europeia: Requisitos mínimos»⁵⁷ e (ii) a Recomendação da Comissão 2002/590/CEE, de 16 de Maio de

⁵³ Sétima Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, baseada no n.º 3, alínea g), do art. 54.º do Tratado e relativa às contas consolidadas; JO L 193, de 18.7.1983, p. 0001–0017; Edição especial portuguesa: Capítulo 17 Fascículo 1 p. 0119. Estendeu a obrigação de apresentação de contas certificadas a todas as entidades que estivessem sujeitas à consolidação de contas nos termos da Directiva.

(<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31983L0349:PT:HTML>).

Também a Directiva 86/635/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, relativa às contas anuais e às contas consolidadas dos bancos e outras instituições financeiras, e a Directiva 91/674/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1991, relativa às contas anuais e às contas consolidadas das empresas de seguros, impuseram a todas as entidades abrangidas pelas referidas directivas a obrigação de sujeitarem as suas contas individuais e consolidadas a uma revisão por um profissional qualificado.

⁵⁴ Oitava Directiva 84/253/CEE do Conselho, de 10 de Abril de 1984, fundada no n.º 3, alínea g), do art. 54.º do Tratado CEE, relativa à aprovação das pessoas encarregadas da fiscalização legal dos documentos contabilísticos (<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0253:PT:HTML>).

⁵⁵ A fiscalização de sociedades tem sido abordada a nível europeu no âmbito da harmonização do Direito Europeu das sociedades, sendo este mais um passo da União Europeia na construção de um verdadeiro mercado único europeu e um objectivo há muito proclamado recentemente renovado no Plano de Acção para os Serviços Financeiros, em 1999, e nas conclusões do Conselho Europeu de Estocolmo, realizado em 23 e 24 de Março de 2001. Vide COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação: *Aplicação de um enquadramento para os serviços financeiros: Plano de Acção*, COM (1999) 323, de 11.5.1999, disponível em http://europa.eu.int/comm/internal_market/finances/docs/actionplan/index/action_pt.pdf, e CONSELHO EUROPEU – *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Estocolmo, 23 e 24 de Março de 2001* (http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.%20ann-r1.en1.html).

⁵⁶ JO C 143, de 8.5.1998, p. 0012-0016.

([http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0508\(01\):PT:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0508(01):PT:HTML)).

Publicada na sequência dos estudos efectuados – que culminaram na publicação pela Comissão, em 1996, do *Livro Verde sobre o “Papel, Estatuto e Responsabilidade do ROC na UE”* – dos comentários recebidos e da recomendação do Comité Económico e Social, de 8 de Maio de 1998.

O Livro Verde (http://europa.eu.int/comm/internal_market/auditing/docs/other/700996pt.pdf) teve por base os diversos estudos promovidos pela Comissão sobre o assunto. Entre estes destacam-se os estudos sobre concorrência no mercado de auditoria (“*Competition in European accounting*”) em 1992, e sobre o papel, o estatuto e a responsabilidade dos auditores (“*Role, the position and the liability of the statutory auditor*”) em 1996. Estes relatórios demonstraram claramente a inexistência de um mercado único europeu no âmbito dos serviços de auditoria, realçando as significativas diferenças entre os regimes dos diversos Estados Membros.

⁵⁷ JO L 91, 31.3.2001, p.0091-0097

(http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2001/l_091/l_09120010331pt00910097.pdf).

2002, «sobre a independência dos revisores oficiais de contas na UE: Um conjunto de princípios fundamentais»⁵⁸.

Estas Recomendações, atendendo à sua natureza não vinculativa, foram timidamente acolhidas no direito português. Na verdade, algumas das suas disposições constavam já do Regulamento da CMVM n.º 6/2000 sobre auditores, e do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (EOROC). Outras vieram a ser consagradas pelo Regulamento da CMVM n.º 7/2001, tal como alterado pelo Regulamento da CMVM n.º 11/2003, sobre o Governo das Sociedades Cotadas⁵⁹.

Todavia, o processo de harmonização do direito societário e financeiro a nível europeu continuou o seu rumo⁶⁰, em especial na sequência dos graves escândalos financeiros verificados tanto nos Estados Unidos como na União Europeia⁶¹.

Enquanto os Estados Unidos reagiram aos referidos escândalos através do *Sarbanes Oxley Act*⁶², de uma série de iniciativas da *Securities and Exchange Commission* (SEC) e da revisão das normas emitidas pelas próprias bolsas, na União Europeia, a Comissão Europeia inicialmente limitou-se a rever o conteúdo da sua Recomendação sobre a independência dos auditores, então em preparação. Mas, à medida que começaram a vir a público os escândalos europeus, entre os quais se destacou a Parmalat⁶³, a Comissão foi sujeita a uma crescente pressão para tomar medidas mais agressivas. Neste contexto, emitiu a Comunicação “Reforçar a revisão oficial de contas na UE”⁶⁴, onde reconheceu que o plano apresentado em 1998, na “Comunicação relativa ao futuro da revisão oficial de contas na União Europeia”, já não era suficiente, entendendo que a situação pós-Enron exigia novas iniciativas para reforçar a confiança dos investidores nos mercados de capitais e para fomentar a confiança do público nos auditores na União Europeia.

Esta Comunicação representou um ponto de viragem na história da regulação da fiscalização de sociedades a nível Europeu, na medida em que representou o abandono pela Comissão da sua posição segundo a qual cabia aos auditores assegurar a sua própria independência (reconhecendo as insuficiências reveladas nos sistemas de auto-regulação) e da sua preferência por instrumentos legislativos não vinculativos.

Iniciou-se então uma fase mais intervencionista, baseada nos princípios estabelecidos nesta última Comunicação, e que viria a culminar na apresentação da Proposta de Directiva

⁵⁸ JO L 191, 19.7.2002, p.0022-0057

(http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2002/l_191/l_19120020719pt00220057.pdf).

⁵⁹ Cujo ponto 10 do Capítulo I do anexo relativo ao “Esquema de Relatório Sobre o Governo da Sociedade” exige que seja divulgada informação sobre a remuneração do auditor (e sua “rede”), detalhando a remuneração correspondente a cada tipo de serviço e os mecanismos de salvaguarda da independência do auditor caso este receba remuneração por serviços de consultoria fiscal ou outros serviços extra-auditoria.

⁶⁰ O processo de regulação dos serviços de auditoria a nível Europeu segue o seu habitual e lento processo pela mão da Comissão, ainda que integrada no Plano de Acção para os Serviços Financeiros e não no ainda mais lento processo de harmonização de Direito Europeu das Sociedades Comerciais.

⁶¹ Na sequência destes escândalos a Comissão preparou uma nota com a “Primeira resposta da União Europeia às questões políticas suscitadas pelo caso Enron” para o Conselho informal ECOFIN que teve lugar em Oviedo, a 12 e 13 de Abril de 2002 (Esta nota foi publicada pouco antes da supra referida Recomendação sobre a independência dos auditores

(http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/enron/ecofin_2004_04_enron_en.pdf).

⁶² *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*, 15 U.S.C. §7201 e s., 107 Pub. L. No. 204, 116 Stat. 745.

⁶³ Sobre este caso *vide supra* nota 9.

⁶⁴ JO 236, 02.10.2003, p.0002-0013

(http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0286pt01.pdf)

relativa à revisão legal das contas individuais e consolidadas⁶⁵, em Março de 2004, entretanto aprovada e publicada como Directiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006, relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, que altera as Directivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho e que revoga a Directiva 84/253/CEE do Conselho⁶⁶.

Como se pode ver, esta Directiva visa modernizar a Oitava Directiva do Conselho, bem como introduzir ligeiras alterações à Quarta e à Sétima Directivas do Conselho⁶⁷. Muitas das suas disposições constavam já das Recomendações da Comissão antes referidas, mas considerando a necessidade de reforçar a confiança dos investidores nos auditores e no mercado, foram incluídas num instrumento legislativo de carácter vinculativo que garante uma maior rigidez e harmonização.

4. A INDEPENDÊNCIA DOS AUDITORES

I. Em 1996 CÁNDIDO PAZ-ARES escrevia que «um simples olhar sobre a imprensa económica mais recente revela que a questão da independência do auditor voltou a ser afluída, e com maior virulência do que noutros tempos. Tanto no nosso país⁶⁸ como no resto dos que nos rodeiam, o fenómeno foi favorecido por alguns escândalos financeiros que encheram de inquietude a opinião pública. (...) Todos – reguladores e profissionais – convergem ao admitir que a situação é preocupante e que perante a mesma é preciso reagir para restabelecer a confiança pública na instituição. O desacordo e a controvérsia começam na hora de seleccionar as medidas e instrumentos da reacção»⁶⁹.

Estas palavras, que tanto sentido tinham em meados dos anos 90, são hoje reforçadas pelos acontecimentos que marcaram o início deste século, onde se verificaram deficiências estruturais graves em matéria das garantias de independência dos auditores⁷⁰.

II. Contudo, antes de entrarmos na análise dessas garantias e na discussão que tem decorrido a nível internacional sobre este tema, é essencial respondermos a questões como o que entendemos por independência dos auditores, face a quem devem os auditores ser independentes e qual a razão de ser dessa independência.

III. Desde a Oitava Directiva do Conselho (que requeria que os revisores oficiais de contas fossem independentes) que se discute o conceito de independência a nível europeu, mas, até hoje, não foi possível alcançar um consenso quanto ao mesmo⁷¹. Entendemos, no

⁶⁵ COM (2004) 177 final, de 16 de Março de 2004

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2004/com2004_0177pt01.pdf.

⁶⁶ JO L 157, 09.06.2006, p. 0087-0107

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2006/l_157/l_15720060609pt00870107.pdf.

⁶⁷ Vide supra notas 54, 51 e 53.

⁶⁸ O autor é de nacionalidade espanhola.

⁶⁹ PAZ-ARES – *La ley...*, p. 21.

⁷⁰ A independência dos auditores está intimamente relacionada com sua reputação, o seu activo mais valioso empenhado na verificação ou certificação de informação divulgada aos investidores. A redução da sua independência põe em causa o equilíbrio de incentivos, na medida em que este é estabelecido entre o incentivo para manter a reputação – como condição de acesso ao mercado – e o incentivo para colaborar (activa ou passivamente) nos actos fraudulentos da sociedade auditada. Se estes profissionais tiverem mais incentivos para colaborar com os seus clientes do que para defender a sua reputação, todo o sistema entrará em ruptura. Este é o pressuposto base do entendimento do auditor como *Gatekeeper*.

⁷¹ Em consequência, esta matéria foi tratada de forma diferente pelos Estados-membros. Como sublinhado pela Fédérations des Experts Comptables Européens, a independência é o principal meio através do qual o revisor oficial de contas demonstra que tem capacidade de exercer a sua função de forma objectiva. A noção de independência deve necessariamente ser abordada sob dois aspectos: (i) independência de espírito – ou seja, uma atitude que garanta que todas as considerações relativas à função confiada sejam tomadas em conta – e (ii)

entanto, poder definir a independência dos auditores por referência às ameaças à mesma, enumeradas na Recomendação da Comissão sobre independência dos auditores⁷². Assim, independência será a ausência de interesse pessoal, auto-revisão, representação, familiaridade ou confiança, intimidação, ou qualquer outra circunstância que reduza a objectividade do auditor no cumprimento das suas funções⁷³.

Quanto à questão de saber face a quem devem os auditores ser independentes, devemos considerar o tipo de estrutura accionista no sistema em causa. Nos países de estrutura accionista dispersa, como os Estados Unidos e Grã-Bretanha, a questão da independência dos auditores coloca-se antes de mais face à administração das sociedades auditadas, enquanto nos países da Europa Continental a questão coloca-se também, e de forma premente, face aos accionistas dominantes. Como vimos anteriormente, os accionistas dominantes são aqueles que têm um maior interesse na prática de irregularidades contabilísticas, como forma de ocultar a extracção de benefícios privados da sua posição de domínio⁷⁴.

Por fim, na determinação da razão de ser da independência dos auditores, devemos começar por referir a importância das suas funções. O modelo original, segundo o qual o auditor era um mandatário dos accionistas com encargo de fiscalizar a administração para salvaguarda dos interesses dos seus mandantes não encaixa na actualidade. Com efeito, há já muito que se reconhece que a revisão legal de contas serve interesses de terceiros para além dos interesses dos accionistas, sendo geralmente classificada como uma função de interesse público. Assim acontece em Portugal desde 1979⁷⁵, constando hoje do art. 40.º do EOROC⁷⁶. Assim sendo, é essencial garantir a independência necessária à adequada prestação desses serviços no interesse público. A independência dos auditores é a garantia mínima da adequada fiscalização de uma sociedade, sendo essa fiscalização essencial à manutenção do equilíbrio

independência aparente – ou seja, a que corresponde à necessidade de evitar factos e circunstâncias considerados tão significativos que um terceiro informado poderia pôr em causa a objectividade do revisor oficial de contas. Vide COMISSÃO EUROPEIA – *Livro Verde sobre o “Papel, Estatuto e Responsabilidade do ROC na UE”*, parágrafos 4.7 e 4.8., bem como FÉDÉRATIONS DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS – *The Role, Position and Liability of the Statutory Auditor in the European Union / Rôle, Statut et Responsabilité du Contrôleur Légal des Comptes dans l’Union Européenne*, Janeiro de 1996, Bruxelas.

⁷² Vide parágrafo A.3.1 «A independência dos revisores oficiais está sujeita a diversos tipos de ameaças, nomeadamente, o interesse pessoal, a auto-revisão, a representação, a familiaridade ou confiança e a intimidação».

⁷³ ARRUÑADA e PAZ-ARES definiram a independência do auditor como «*the auditor’s willingness to report any irregularity that he has detected*». BENITO ARRUÑADA e CÁNDIDO PAZ-ARES – *Mandatory Rotation of Company Auditors: A Critical Examination. International Review of Law and Economics*. 17: 1 (Março de 1997) p. 44.

⁷⁴ Neste sentido, o disposto no n.º 5 do art. 414.º do CSC, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, e a al. b) do n.º 3 do art. 414-A do CSC (antigo art. 414.º).

Pelas mesmas razões, na definição dos administradores que não podem ser considerados independentes, o art. 1.º, n.º 2, do Regulamento da CMVM n.º 7/2001 sobre o Governo das Sociedades Cotadas (tal como alterado pelos Regulamentos da CMVM n.º 11/2003, 10/2005 e 3/2006), inclui «a) Os membros do órgão de administração que pertençam ao órgão de administração de sociedade que sobre aquela exerça domínio, nos termos do disposto no Código dos Valores Mobiliários», bem como «b) Os membros do órgão de administração que sejam titulares, exerçam funções de administração, tenham vínculo contratual ou actuem em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 10% do capital social ou dos direitos de voto na sociedade, ou de idêntica percentagem em sociedade que sobre aquela exerça domínio, nos termos do disposto no Código dos Valores Mobiliários», e «d) Os membros do órgão de administração que auferam qualquer remuneração, ainda que suspensa, da sociedade ou de outras que com aquela esteja em relação de domínio ou de grupo, excepto a retribuição pelo exercício das funções de administração».

⁷⁵ Desde o Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas de 1979, aprovado pelo Decreto Lei n.º 519 L2/79, de 29 de Dezembro.

⁷⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro.

do sistema e à protecção dos interesses dos investidores, credores e trabalhadores, bem como do interesse público em geral⁷⁷.

4.1. A Importância das Comissões de Auditoria

I. Um dos temas mais discutidos tanto nos Estados Unidos como na Europa no âmbito da independência dos auditores é o das comissões de auditoria. A comissão de auditoria, tal como implementada nos Estados Unidos⁷⁸, é criada no seio do conselho de administração das sociedades cotadas e formada por administradores independentes, sendo responsável não só pela organização dos sistemas de auditoria interna e pela fixação das políticas de informação financeira da sociedade, mas também pela selecção, contratação, comunicação e destituição dos auditores externos.

Apesar de a discussão europeia sobre este mecanismo ter seguido de perto a discussão norte-americana, as propostas da Comissão Europeia divergem das soluções norte-americanas em diversos aspectos. As diferenças mais significativas referem-se (i) aos poderes desta comissão, (ii) à determinação das sociedades sobre as quais incide e (iii) aos critérios de independência e competência técnica dos seus membros. Analisaremos detalhadamente estas diferenças em seguida, na medida em que influenciam profundamente a independência dos auditores⁷⁹. Porém, antes de entrarmos na discussão desses aspectos, devemos apresentar uma perspectiva global sobre a importância das comissões de auditoria.

II. Tal como referido no Relatório Cadbury⁸⁰, existem muitos aspectos relativos à revisão de contas pelos auditores difíceis de resolver, «mas uma comissão de auditoria eficaz e independente é uma salvaguarda essencial»⁸¹. A comissão de auditoria deve, pois, ser a garantia interna da regularidade do processo de informação financeira, assegurando a criação de mecanismos adequados de controlo interno e de produção de informação financeira, supervisionando a auditoria interna e assumindo os contactos directos com o ROC, enquanto auditor externo.

Veremos adiante em que se traduzem estes contactos com o auditor externo a propósito da discussão sobre os poderes destas comissões.

Devemos no entanto realçar que a relação da comissão de auditoria com o auditor externo deve ir mais além. Pretende-se que a comissão de auditoria represente um fórum de discussão com o auditor (se possível envolvendo os administradores independentes) sobre todos os assuntos que considerem relevantes acerca da revisão das contas da sociedade e sobre possíveis fraudes de que suspeitem ou tenham conhecimento, em particular, aquando do envolvimento de altos funcionários ou administradores executivos da sociedade.

Este espaço de diálogo entre o auditor e a sociedade é essencial neste último tipo de casos, quando o auditor suspeita da participação de altos funcionários ou administradores executivos em práticas fraudulentas sem conseguir obter provas suficientes para fundamentar as suas suspeitas. Neste tipo de situações, o auditor não está numa posição suficientemente forte para confrontar a administração, nem tem fundamentos suficientes para apresentar uma

⁷⁷ Neste sentido, vide por exemplo ALBERTO PIMENTA – *A Prestação das contas...*, p. 317.

⁷⁸ A figura das comissões de auditoria tiveram a sua origem nos Estados Unidos em 1977, quando a Bolsa de Nova Iorque (NYSE) aprovou como condição da admissão de valores mobiliários à cotação a existência de uma comissão de auditoria composta por administradores não executivos da sociedade emitente. A figura das comissões de auditoria foi depois largamente acolhida noutros países anglo-saxónicos, com especial destaque para Inglaterra.

⁷⁹ Vide *infra* capítulos 4.1.1 a 4.1.4.

⁸⁰ COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE - *The Financial Aspects of Corporate Governance*, 1 de Dezembro de 1992, comunmente conhecido como “Relatório Cadbury”.

⁸¹ *Ibidem*, parágrafo 5.26.

denúncia às autoridades competentes. O acesso aos administradores independentes permite-lhe expor as suas suspeitas e procurar em conjunto com estes uma solução para o caso.

III. Em conclusão, entendemos ser essencial assegurar que os contactos entre a sociedade e os auditores tenham lugar através de uma comissão de auditoria independente, assegurando a distância necessária face aos interesses dos accionistas dominantes e dos administradores executivos e garantindo um espaço (com ausência de pressões) adequado à revisão legal de contas pelos auditores. No entanto, pela complexidade e custos inerentes, esta solução só fará sentido para determinado tipo de sociedades, parecendo-nos adequada a delimitação das sociedades abrangidas pelo conceito de “entidades de interesse público”, tal como definido pela Directiva relativa à revisão legal de contas individuais e consolidadas⁸².

4.1.1. As funções da comissão de auditoria: nomeação, remuneração e supervisão dos auditores

I. No que respeita às funções da comissão de auditoria nos Estados Unidos, onde foi pela primeira vez discutida e exigida a sua constituição, o *Sarbanes Oxley Act* estabeleceu que «as comissões de auditoria (...) serão directamente responsáveis pela nomeação, remuneração e supervisão dos serviços prestados por qualquer sociedade de auditoria contratada pelo emitente (...) para preparar e emitir o relatório de auditoria ou serviços conexos, e cada sociedade de auditoria deverá responder directamente perante a comissão de auditoria»⁸³.

II. A nível europeu, e começando pela função de supervisão dos auditores, o Relatório Winter II⁸⁴ sugeria que fossem atribuídos à comissão de auditoria poderes similares aos estabelecidos pelo Congresso norte-americano, tendo a Directiva relativa à revisão legal de contas seguido essa sugestão⁸⁵.

A divergência entre as perspectivas norte-americana e europeia reside essencialmente nos poderes de nomeação e remuneração dos auditores. Ao contrário do que foi estabelecido

⁸² Cf. art. 2.º, n.º 13.

Vide infra em 4.1.2 a análise da discussão entre esta solução e a solução norte-americana baseada nas sociedades cotadas. Para terminar esta análise preliminar, não podemos deixar de subscrever as acertadas considerações de JOHN C. WHITEHEAD e IRA M. MILLSTEIN no Relatório e Recomendações da Comissão *Blue Ribbon* Sobre Melhoria da Eficácia das Comissões de Auditoria, quando referem que: «Recomendações sobre o desempenho das comissões de auditoria têm de ser baseadas nas práticas e atitudes de todo o conselho de administração. Assim, para começar, recomendamos aos conselhos de administração que compreendam e adotem a atitude de um moderno conselho que reconhece que tem de supervisionar de forma activa e independente para ser, nos termos da lei, um fiduciário daqueles que investem na sociedade. Ser membro do conselho de administração já não é simplesmente um prémio de realização profissional na América empresarial; ser um administrador nos dias de hoje requer uma atitude e capacidades apropriadas, e requer tempo e atenção. (...) Se um conselho funciona adequadamente, a comissão de auditoria pode basear-se e referir-se a estes mesmos princípios aplicáveis a todo o conselho. Se o conselho é disfuncional, é provável que a comissão de auditoria não seja muito melhor». NEW YORK STOCK EXCHANGE - *Report and Recommendations of the Blue Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees*(1999), p. 6-7 (<http://www.nyse.com/pdfs/blueribb.pdf>).

⁸³ Nos termos da Secção 301(2) do *Sarbanes Oxley Act*, a SEC é instruída para obrigar as bolsas de valores a proibir a cotação de sociedades que não cumpram com esta regra.

⁸⁴ THE HIGH LEVEL OF COMPANY LAW EXPERTS – *Report on a modern regulatory framework for company law in Europe* (2002) (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdf).

⁸⁵ A este propósito devemos referir que o Projecto de Relatório sobre a Proposta de Directiva (sobre esta proposta *vide supra* nota 65), preparado pela Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu (tendo sido o relator o deputado Bert Doorn) sugeria a exclusão do art. 39.º da Proposta de Directiva (art. 41.º da Directiva relativa à revisão legal das contas individuais e consolidadas), que exigia que as entidades de interesse público tivessem uma comissão de auditoria responsável, *inter alia*, pela selecção do auditor a ser nomeado pela assembleia geral.

no *Sarbanes Oxley Act*, o Relatório Winter II sugeria (tendo essa proposta sido seguida pela Directiva referida) que a nomeação do auditor fosse da competência da assembleia geral de accionistas, sob proposta da comissão de auditoria⁸⁶ (a quem caberia assim a selecção prévia do auditor). A decisão final sobre a contratação dos auditores caberia assim à assembleia geral, seguindo o estabelecido actualmente na maioria dos Estados-Membros, incluindo Portugal⁸⁷.

III. Considerando os objectivos da reforma em curso e o facto de os sistemas da Europa Continental apresentarem, em geral, estruturas accionistas concentradas, consideramos manifestamente desadequada a solução em vigor na maioria dos Estados-Membros e reafirmada tanto no Relatório Winter II como na Directiva da Comissão Europeia.

Com efeito, casos como o da Parmalat demonstram que, ao contrário do que sucede em sociedades comerciais com uma estrutura accionista dispersa, nas sociedades de estrutura concentrada é essencial proteger os accionistas minoritários face aos accionistas dominantes, dado que são estes quem tem o maior interesse em eventuais irregularidades contabilísticas. Tal como referimos anteriormente, os incentivos dos accionistas dominantes para extrair benefícios privados da sua posição de domínio são uma das principais causas dos escândalos tipicamente europeus.

IV. A este problema acresce que, na esmagadora maioria dos casos, os auditores nomeados pela assembleia geral são aqueles que são recomendados pela administração (por sua iniciativa ou por influência dos accionistas dominantes)⁸⁸, não dispendo os accionistas minoritários, na prática, de motivação, disponibilidade ou capacidade para alterar esse rumo⁸⁹. Tal como reconhece a Recomendação da Comissão Europeia sobre independência dos auditores, esta forma de nomeação «não protege, necessariamente, os interesses dos accionistas minoritários ou dos investidores potenciais e também não contribui para salvaguardar a independência dos revisores oficiais [de contas]»⁹⁰.

⁸⁶ Cf. arts. 37.º, n.º 1, e 41.º, n.º 3.

⁸⁷ Em Portugal, esta solução que já resultava dos arts. 262.º, n.º 4; 415.º, n.º 1; e 446.º n.º 1, todos do CSC, antes da reforma de 2006.

⁸⁸ Neste sentido, IVES DJIAN afirmava a propósito do princípio da nomeação do auditor pela assembleia geral no sistema italiano, «*ce principe n'est pas à l'abri de toute critique; on a souligné en particulier l'inefficacité du contrôle en Italie et observé que ce contrôle risquait de devenir purement formel en ajoutant qu'il faut probablement voir la raison de cet inconvénient dans le fait que les contrôleurs tiennent leurs pouvoirs de l'assemblée qui habituellement est précisément dominée par les administrateurs, c'est-à-dire par ceux qu'ils sont chargés de contrôler*». Cf. IVES DJIAN – *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, Paris: Sirey, 1965.

No mesmo sentido a propósito do sistema alemão, GERHARD KUTZENBERGER – *Mitbestimmung der Aktionäre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1964, p. 137. Segundo este autor, na prática, a assembleia limita-se, geralmente, a aceitar as propostas do *Vorstand*, pelo que a recusa dos peritos à certificação das contas equivale à recusa da sua reeleição para o cargo e conclui: «não deve ter-se ilusão de que a escolha dos peritos pela assembleia seja suficiente para assegurar a independência destes face aos administradores, independência essa que é indispensável para assegurar a ordenada execução de que são incumbidos».

⁸⁹ Só os accionistas com participações relevantes é que têm motivação ou disponibilidade suficiente para se opor à administração da sociedade na nomeação dos auditores. Acresce que ainda que um accionista minoritário tenha essa motivação e disponibilidade, dificilmente terá capacidade para mobilizar os demais accionistas para se oporem à administração.

⁹⁰ Recomendação da Comissão 2002/590/CEE, de 16 de Maio de 2002, sobre a independência dos revisores oficiais de contas na UE: Um conjunto de princípios fundamentais, p. 37, Secção 4.1.

V. Nestas condições, é essencial garantir que os auditores sejam independentes não só face à administração da sociedade (como impõe o artigo 37.º da Directiva⁹¹), mas também face aos accionistas dominantes. A questão assume assim uma complexidade acrescida⁹².

Poderíamos ser levados a sugerir a nomeação dos auditores por uma entidade de supervisão pública, mas, num sistema deste tipo, o valor da reputação (incentivo de mercado para a prestação de serviços pelos auditores de acordo com os padrões mais exigentes) decresceria radicalmente, tornando mais onerosa a implementação de incentivos legais⁹³. Este decréscimo do valor da reputação estaria associado à inexistência da concorrência do mercado, sem a existência da qual os auditores não teriam incentivos para ir além do estrito cumprimento dos requisitos legais, dos quais dependeria a sua nomeação pela entidade de supervisão.

Se entendermos que o auditor deve continuar a servir como um intermediário *reputacional*, então a solução mais adequada seria a sua nomeação pelos accionistas minoritários⁹⁴. No entanto, mesmo em Portugal (onde se prevê a possibilidade de nomeação judicial de membros do conselho fiscal a pedido de accionistas minoritários⁹⁵, bem como a possibilidade de eleição de administradores por accionistas minoritários⁹⁶) seria difícil instituir este regime atendendo à ponderação dos interesses dos accionistas.

Com efeito, não obstante a revisão legal de contas ser de interesse público, os auditores não deixam de ser, antes de mais, fiduciários dos accionistas incumbidos da fiscalização da administração da sociedade⁹⁷. Parece-nos, assim, difícil afastar determinados accionistas da eleição do auditor.

Por outro lado, esta solução acarretaria ainda enormes dificuldades de concretização prática, especialmente em grandes sociedades de estrutura accionista dispersa, na medida em que os accionistas minoritários tendem a manifestar uma maior ou menor indiferença face aos

⁹¹ Vide em especial o n.º 2 deste artigo que revela claramente os limites da visão do legislador europeu quanto ao conceito de independência do auditor.

⁹² Já em 1972, ALBERTO PIMENTA – *A Prestação das contas...*, p. 281, nota (480), afirmava que «As insuficiências do Conselho Fiscal — derivadas quer da sua normal falta de competência, quer da sua subordinação aos administradores ou aos grandes accionistas — são já um lugar comum».

⁹³ Sobre a conjugação de incentivos legais com incentivos privados na prossecução de determinados objectivos de política legislativa vide o art. histórico de KRAAKMAN – *The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*.

⁹⁴ No mesmo sentido vai a proposta de JOHN C. COFFEE JR. – *A Theory of Corporate Scandals: Why the U.S. and Europe Differ*. Columbia Law School, Law and Economics Working Paper No. 274 (Março de 2005), p. 15 (<http://ssrn.com/abstract=694581>).

⁹⁵ Desde que estes representem pelo menos dez por cento do capital social. Cf. art. 418.º CSC que dá continuidade à solução do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969. Este último regime fazia depender a nomeação judicial da existência de motivo respeitante à pessoa ou pessoas dos membros do conselho fiscal eleitos pela assembleia geral. O projecto que esteve na sua origem referia ainda como causa especial de nomeação de um novo membro do conselho fiscal o “receio de parcialidade” do eleito. A este propósito vide CÂMARA CORPORATIVA (Adelino da Palma Carlos, Rel.) – *Parecer n.º 32/IX ao Projecto de decreto-lei n.º 13/IX*, Actas da Câmara Corporativa, 149 (8 de Outubro de 1969) 2289-2302. Nos termos deste parecer, a Câmara desconfiava da capacidade dos tribunais para determinar a necessidade de nomear membros a pedido de minorias.

⁹⁶ Se assim for estabelecido no contrato de sociedade e desde que os accionistas representem mais de 10% e menos de 20% do capital social. Cf. arts. 392.º e 435.º n.º 3 do CSC.

⁹⁷ Neste sentido, IVES DJIAN – *Le controle de la direction...*, p. 25, afirmava que «constituindo a finalidade essencial do controle a protecção dos accionistas, é a estes accionistas, reunidos em assembleia geral que compete o poder de designar os controladores».

Também a Câmara Corporativa se pronunciou neste sentido, afirmando que o «poder de fiscalizar os actos de administração» tem de considerar-se «direito inderrogável dos accionistas». CÂMARA CORPORATIVA (Adelino da Palma Carlos, Rel.) – *Parecer n.º 32/IX ao Projecto de decreto-lei n.º 13/IX*, Actas da Câmara Corporativa, 149 (8 de Outubro de 1969) 2289-2302.

assuntos sociais. Correríamos assim o risco de não reunir quórum de deliberação entre os pequenos accionistas. Este problema seria tanto mais grave quanto maior fosse a tendência do sistema para a dispersão accionista⁹⁸.

VI. A segunda melhor solução seria a adopção de um sistema idêntico ao norte-americano, em que os auditores seriam nomeados directamente pela comissão de auditoria⁹⁹, assegurando assim a sua independência, tanto face aos administradores executivos como face aos accionistas dominantes¹⁰⁰. Ao contrário da primeira solução apresentada, esta segunda solução permitiria a participação de todos os accionistas na eleição do auditor, ainda que de forma indirecta¹⁰¹.

Diriam os críticos que esta solução não resolveria o problema da independência, na medida em que este seria apenas deslocado para outro plano, passando a colocar-se a propósito dos membros da comissão de auditoria. Não negamos as dificuldades inerentes à garantia da independência dos membros desta comissão, mas esta solução deve ser entendida no âmbito da introdução do papel dos administradores não executivos e independentes a nível internacional¹⁰².

Este movimento verifica-se também em Portugal onde se procura promover a inclusão de administradores independentes no conselho de administração das sociedades cotadas¹⁰³. Apesar de entendermos que em Portugal a introdução da comissão de auditoria nas entidades

⁹⁸ Já em 1943 afirmava PIRES CARDOSO – *Fiscalização...*, p. 293-294, «um certo número de factores ter contribuído para que, nas grandes sociedades por acções se verifique uma (quicá irrecurável) *perda de interesse (Interessenlosigkeit)*, falta de participação (*Teilnahlosigkeit*), um *absenteísmo* por parte dos sócios e, por consequência, uma dissociação entre a propriedade e o poder de disposição sendo, por isso, impossível conseguir que a assembleia geral seja *um segundo centro forte de formação de vontade empresarial a par da administração* («*ein zweites starkes Zentrum betrieblicher Willensbildung neben der Verwaltung*»).

⁹⁹ Parece-nos ter sido uma solução deste tipo a defendida pela Câmara Corporativa no seu comentário ao art. 9.º do projecto do Decreto-Lei 49.381, de 15 de Novembro de 1969 [CÂMARA CORPORATIVA (Adelino da Palma Carlos, Rel.) – *Parecer n.º 32/IX ao Projecto de decreto-lei n.º 13/IX*, Actas da Câmara Corporativa, 149 (8 de Outubro de 1969) 2289-2302]. Lê-se nesse comentário que «para habilitar o conselho fiscal a exercer, com pleno conhecimento de causa, as suas funções de fiscalização, a Câmara Corporativa entende que deve impor-se-lhe que, logo que seja eleito, nomeie um auditor ou uma sociedade de revisão de contas para fiscalizar a gestão social», devendo esta posição ser conjugada com a oposição da Câmara à inclusão de um ROC no conselho fiscal, referida no comentário ao art. 10.º do mesmo projecto de Decreto-Lei.

¹⁰⁰ Reafirmamos aqui o nosso entendimento de que a adopção da figura da comissão de auditoria a nível Europeu teria sempre de ser flexível, assegurando a sua adaptação às estruturas societárias próprias de cada Estado-Membro (entre nós o conselho fiscal). *Vide* a este propósito o capítulo 4.1.5 infra.

¹⁰¹ Os accionistas elegeriam os membros da comissão de auditoria que por sua vez elegeriam o auditor.

¹⁰² Aquilo que se pretende é que em determinadas sociedades (nomeadamente as sociedades cotadas) haja um conjunto de administradores, independentes dos administradores executivos e dos accionistas dominantes, que assegurem o cumprimento da legalidade na prossecução dos interesses da sociedade, enquanto reflexo dos interesses de todos os *stakeholders*^(*). Na medida da sua independência, estes administradores têm todo o interesse em manter o seu prestígio e reputação, sendo menor a probabilidade de que cedam a determinadas pressões. *Vide* a este propósito o Regulamento da CMVM n.º 7/2001, com as alterações do Regulamento da CMVM n.º 11/2003, sobre o Governo das Sociedades Cotadas, em especial o art. 1.º n.º 2, com a definição de administradores independentes.

Note-se que nos Estados Unidos se entende que o dever de lealdade (*duty of loyalty*) do conselho de administração é para com a sociedade *per se*, enquanto entidade legal, entendendo-se que a lealdade para com a mesma significa lealdade para com os accionistas. Os interesses dos demais *stakeholders* são servidos apenas de forma indirecta e apenas na medida em que sejam congruentes com os interesses dos accionistas. Os administradores independentes são assim uma garantia dos accionistas minoritários. *Vide* WILLIAM T. ALLEN e REINIER KRAAKMAN – *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*, Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003, p. 286-291 (capítulo 9.1 – “*Duty to Whom?*”).

¹⁰³ *Vide* Regulamento da CMVM n.º 7/2001, supra nota 102.

de interesse público passa pela adaptação do conselho fiscal¹⁰⁴ (o que implica que tenhamos de considerar as limitações inerentes ao regime de incompatibilidades previsto pelo art. 414.º n.º 3 do CSC cuja alínea b) impede a participação de administradores neste órgão) não deixa de ter pleno acerto a construção inerente à mesma. Assim, as considerações tecidas a propósito dos administradores independentes e do seu papel da comissão de auditoria devem ser transpostas para os membros do conselho fiscal no exercício das novas funções que para o mesmo defendemos.

Face a esta construção, poderíamos então dizer que também os auditores têm interesse em manter a sua reputação e que, como tal, esta solução seria desnecessária. Face a esta crítica podemos afirmar como positiva a introdução de um órgão independente¹⁰⁵ que intermedeie as relações entre a sociedade e o auditor, assumindo responsabilidades próprias (incluindo a responsabilidade civil dos seus membros pelo incumprimento culposo das suas obrigações, nos termos do art. 81.º do CSC) e dispersando o risco inerente a qualquer tipo de pressões¹⁰⁶. Acresce que pela própria natureza das funções desempenhadas pelos membros da comissão de auditoria, a pressão a que estão sujeitos é muito menos intensa do que a do auditor¹⁰⁷.

VII. No que respeita à remuneração dos auditores, o Relatório Winter II referia que deveria caber à comissão de auditoria a determinação das “condições da nomeação” dos auditores. Consideramos que entre essas condições se deve incluir a remuneração. No entanto, a Directiva relativa à revisão legal de contas não abordou esta questão, não fazendo qualquer referência à remuneração, nem sequer às condições da nomeação dos auditores. Ainda que possamos entender que os poderes de supervisão e garantia da independência dos auditores incluem a determinação da remuneração, teria sido preferível que a Directiva resolvesse directamente esta questão (tal como o *Sarbanes Oxley Act* resolveu nos Estados Unidos) atribuindo esse poder à comissão de auditoria¹⁰⁸.

Esta questão é tanto mais relevante quanto, em determinados Estados Membros como Portugal, acaba por ser o órgão de administração não só a determinar os honorários dos auditores, mas a desenvolver todos os contactos negociais com os mesmos. Este sistema permite que a administração da sociedade (objecto da fiscalização) pressione os auditores a serem mais complacentes, através da negociação dos honorários e outras condições

¹⁰⁴ Vide capítulo 4.1.5 infra.

¹⁰⁵ Face aos administradores executivos e accionistas dominantes.

¹⁰⁶ Num sistema como o proposto torna-se mais difícil pressionar o auditor, na medida em que essa pressão afectará também aos membros da comissão de auditoria, responsáveis perante a sociedade, sócios e terceiros pelo cumprimento das suas obrigações. O risco de pressão deixa então de estar concentrado no auditor, passando a estar disperso por todos os envolvidos no processo de produção e divulgação de informação financeira da sociedade.

¹⁰⁷ Qualquer destas sugestões seria contrária às soluções actualmente em vigor na maioria dos Estados Membros, mas uma harmonização legislativa através da implementação de novas soluções não seria uma novidade na União Europeia.

¹⁰⁸ Na Directiva foram ainda incluídas duas outras normas sobre a remuneração dos auditores: (1) Nos termos do art. 25.º, os Estados-Membros deverão assegurar a existência de regras adequadas que prevejam que os honorários relativos às revisões legais das contas: (a) não sejam influenciados ou determinados pela prestação de serviços adicionais à entidade objecto de auditoria; (b) não se possam basear em qualquer forma de condicionalidade. (2) Por outro lado, com vista a proporcionar uma maior transparência à relação entre o auditor ou a sociedade de auditoria e a entidade objecto de auditoria, o art. 49.º altera as Directivas 78/660/CEE e 83/349/CEE de modo a requererem a divulgação dos honorários de auditoria e dos honorários pagos relativamente a serviços não relacionados com auditoria, nos anexos das contas individuais e das contas consolidadas.

contratuais. Esta questão assume uma relevância acrescida perante a prestação simultânea de serviços de auditoria e extra-auditoria, como veremos adiante¹⁰⁹.

Perante esta situação, realçamos uma vez mais a necessidade de assegurar que os contactos entre a sociedade e os auditores se façam através de uma comissão de auditoria independente, assegurando alguma distância face aos interesses dos accionistas dominantes e dos administradores executivos e garantindo um espaço livre de pressões, adequado à revisão legal de contas pelos auditores.

4.1.2. A incidência da obrigação de constituição de uma comissão de auditoria

Uma das diferenças entre o regime norte-americano e o regime proposto pela Comissão Europeia recai sobre a determinação de quais as sociedades sobre as quais deve incidir a obrigação de constituição de uma comissão de auditoria. Assim, ao contrário do que sucede no regime norte-americano, centrado nas sociedades cotadas, as propostas europeias têm tomado por base as “entidades de interesse público”¹¹⁰.

Esta diferença é perfeitamente compreensível atendendo ao facto de na Europa Continental ser muito menor o recurso à bolsa para financiar a actividade social. É portanto necessário assegurar que para além das sociedades cotadas, outras entidades de interesse público sejam sujeitas a este regime das comissões de auditoria.

Por outro lado, o conceito de entidade de interesse público permite limitar o alcance da obrigação de constituição de comissão de auditoria àquelas entidades que, pelo seu tipo de actividade, pela sua dimensão ou pelo número de trabalhadores que empregam, envolvem um interesse público significativo. Ficam assim salvaguardados os interesses das demais sociedades para as quais a criação de um mecanismo deste género seria excessivamente complexo e oneroso.

4.1.3. A independência dos membros da comissão de auditoria

I. Nos Estados Unidos, seguindo a auto-regulação das próprias bolsas¹¹¹, alterada nos termos da Relatório *Blue Ribbon*¹¹², o *Sarbanes Oxley Act* requer que todos os membros da comissão de auditoria sejam independentes¹¹³.

II. Na União Europeia, o Relatório Winter II¹¹⁴ e a Comunicação da Comissão “Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na UE: Uma estratégia para o futuro”¹¹⁵, sugerem apenas que a maioria dos membros da comissão de auditoria sejam independentes. Esta solução foi defendida no Relatório Winter II como sendo mais adequada às estruturas europeias de administração de sociedades comerciais,

¹⁰⁹ Vide *infra* capítulo 4.3.

¹¹⁰ Vide *supra* nota 57 sobre o conceito de “entidades de interesse público” que engloba normalmente sociedades cotadas, instituições de crédito, companhias de seguros, sociedades de investimento, organismos de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM) bem como fundos de pensões.

¹¹¹ Vide e.g. THE NEW YORK STOCK EXCHANGE, *Listed Company Manual* § 303.01(B)(2)(a) segundo o qual «Each audit committee shall consist of at least three directors, all of whom have no relationship to the company that may interfere with the exercise of their independence from management and the company».

¹¹² Vide *supra* nota 82.

¹¹³ Under sec. 301 SOA, the SEC must adopt rules requiring stock exchanges to prohibit the listing securities of those companies that do not comply with the rule that all Audit Committee members must be independent and cannot “accept any consulting, advisory, or other compensatory fee from the issuer”.

¹¹⁴ Vide *supra* nota 84.

¹¹⁵ COM (2003) 284(01) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2003/com2003_0284en01.pdf).

nomeadamente à participação nas mesmas de representantes de accionistas dominantes e de trabalhadores (nos sistemas de co-determinação¹¹⁶).

A Directiva relativa à revisão legal de contas inclui uma solução ainda menos exigente do que a apresentada no Relatório Winter II e na referida Comunicação da Comissão Europeia. Nos termos do art. 41.º n.º 1 desta Directiva, apenas um dos membros da comissão de auditoria deve ser independente (devendo também “ter competência”¹¹⁷ nos domínios da contabilidade e/ou auditoria). Quanto aos demais membros, requer-se apenas que sejam administradores não executivos¹¹⁸.

III. Seguindo a opinião de GUIDO FERRARINI¹¹⁹, entendemos que seria preferível adoptar uma solução idêntica à norte-americana, requerendo que todos os membros da comissão de auditoria sejam independentes, solução essa que assume uma relevância acrescida a nível europeu atendendo à existência de accionistas dominantes. Esta afirmação tem no entanto de ser conjugada com a definição de independência dos membros da comissão de auditoria que analisaremos em seguida.

Em primeiro lugar, a independência da comissão de auditoria face aos accionistas dominantes e face aos administradores executivos é essencial à adequada fiscalização da sociedade e do seu processo de informação financeira. Como vimos anteriormente, os accionistas dominantes são aqueles que têm um maior interesse na prática de irregularidades contabilísticas, como forma de ocultar a obtenção de benefícios privados da sua posição de domínio, pelo que é essencial que os membros da comissão de auditoria sejam independentes não só face aos administradores executivos, mas também face a estes accionistas¹²⁰.

Em segundo lugar, os accionistas dominantes estão já representados no conselho de administração, onde podem exercer os correspondentes poderes de supervisão. Não se justifica assim desvirtuar o conceito da comissão de auditoria (que se pretende independente) impondo uma representação destes accionistas também a este nível.

Em terceiro lugar parece-nos que o argumento relativo à participação dos trabalhadores, apesar de ser mais complexo, ainda assim não procede, na medida em que na prática empresarial foi já encontrada e aplicada uma solução para esta questão. Para ultrapassar a incompatibilidade dos seus trabalhadores com os critérios de independência perante a sociedade (se os trabalhadores estão sujeitos ao poder de direcção e disciplinar da administração da sociedade, não poderiam nunca ser considerados como independentes perante a mesma) as sociedades alemãs cotadas em bolsas norte-americanas (obrigadas assim a cumprir com as disposições do *Sarbanes Oxley Act* supra referidas) nomearam para o conselho geral (*Aufsichtsrat*) representantes dos trabalhadores não vinculados à empresa, tais como representantes sindicais.

¹¹⁶ Veja-se por exemplo o sistema alemão em que os trabalhadores têm de estar representados no *Aufsichtsrat*.

¹¹⁷ Termos usados na versão portuguesa desta Directiva.

¹¹⁸ A redacção do art. 41.º n.º 1 da Directiva é a seguinte: «Cada entidade de interesse público deve ter um comité de auditoria. Os Estados-Membros devem determinar se os comités de auditoria são compostos por membros não executivos do órgão de administração e/ou por membros dos órgãos de fiscalização da entidade examinada e/ou por membros designados pela assembleia geral de accionistas dessa entidade. Pelo menos um membro do comité de auditoria deve ser independente e ter competência nos domínios da contabilidade e/ou da revisão ou auditoria».

¹¹⁹ GUIDO FERRARINI - *European Corporate Governance after the Sarbanes-Oxley Act* (2003), p 3 (não publicado).

¹²⁰ A este propósito é interessante ver a proposta do relatório *New York Stock Exchange Corporate Accountability and Listing Standards Committee* (6 de Junho de 2002) p. 3. segundo a qual «an audit committee member associated with a major shareholder (one owning 20% or more of the listed company's equity) may not vote in audit committee proceedings». Disponível em http://www.nyse.com/pdfs/corp_govreport.pdf.

IV. Paralelamente a estes argumentos, diversos estudos norte-americanos demonstram que a nomeação de administradores independentes é tida como positiva pelo mercado. ROSENTEIN e WYATT¹²¹ demonstraram em 1990 que o mercado tem uma reacção significativamente positiva na sequência do anúncio da nomeação de administradores independentes, enquanto o estudo de WEISBACH¹²² em 1988 sugere que o desempenho do CEO¹²³ é melhor nas sociedades cujo conselho de administração é composto por uma maioria de administradores independentes. Nos mesmos termos, MACAVOY e MILLSTEIN¹²⁴ referem que a independência dos administradores está positivamente relacionada com a adopção de medidas contabilísticas sobre o desempenho das sociedades. Por fim, tanto BEASLEY¹²⁵ como DECHOW, SLOAN e SWEENEY¹²⁶ afirmam que um maior número de administradores independentes diminui a probabilidade de inclusão de informação fraudulenta nas contas da sociedade.

No entanto, existem também estudos que negam o efeito positivo da participação de administradores independentes no conselho de administração, entre os quais destacamos FOSBERG¹²⁷ que afirma que sociedades com uma grande percentagem de administradores independentes não têm um desempenho superior, medido pelo retorno de investimento ou vendas da sociedade; e HERMALIN e WEISBACH¹²⁸, KLEIN¹²⁹, BHAGAT e BLACK¹³⁰ e, mais recentemente, HAYES, MEHRAN e SCHAEFER¹³¹ confirmam a ausência de relação entre o desempenho da sociedade e a independência dos administradores.

Apesar disso, seguimos a opinião de FIELDS e KEYS¹³² quando afirmam que os dados disponíveis sustentam largamente que a presença de administradores independentes garante uma melhor supervisão da sociedade¹³³.

¹²¹ STUART ROSENTEIN e JEFFREY WYATT – Outside directors, board independence and shareholders wealth. *Journal of Financial Economics*. 26:2 (1990) 175-191.

¹²² MICHAEL WEISBACH – Outside directors and CEO turnover. *Journal of Financial Economics*. 20:1-2 (1988) 431-460.

¹²³ O “Chief Executive Officer”, nos termos do modelo de gestão societária anglo-saxónico, é o alto funcionário responsável máximo pela gestão de uma sociedade que responde perante o conselho de administração, do qual normalmente faz parte, assumindo frequentemente a sua presidência.

¹²⁴ PAUL MACAVOY e IRA MILLSTEIN – The active board of directors and its effect on the performance of the large publicly traded corporation. *Journal of Applied Corporate Finance*. 11:4 (1999) 8-20.

¹²⁵ MARK BEASLEY – An empirical analysis of the relation between the board of director composition and financial statement fraud. *The Accounting Review*. 71:4 (1996) 443-465.

¹²⁶ PATRICIA DECHOW, RICHARD SLOAN e AMY SWEENEY – Causes and consequences of earnings manipulation: an analysis of firms subject to enforcement actions by the SEC. *Contemporary Accounting Research*. 13:1 (1996) 1-36.

¹²⁷ RICHARD FOSBERG – Outside directors and managerial monitoring. *Akron Business and Economic Review*. 20:2 (1989) 24-32.

¹²⁸ BENJAMIN HERMALIN e MICHAEL WEISBACH – The effects of board composition and direct incentives on firm performance. *Financial Management*. 20:4 (1991) 101-112.

¹²⁹ APRIL KLEIN – Firm performance and board committee structure. *Journal of Law and Economics*. 41:1 (1998) 275-302.

¹³⁰ BHAGAT, SANJAI, and BERNARD BLACK – The non-correlation between board independence and long term firm performance. *Journal of Corporation Law*. 27:2 (2002) 231-273.

¹³¹ RACHEL HAYES, HAMID MEHRAN e SCOTT SCHAEFER – *Board committee structures, ownership and firm performance*, Working Paper, University of Chicago and Northwestern University (2004).

¹³² ANDREW FIELDS e PHYLLIS KEYS. The emergence of corporate governance from Wall St. to Main St.: outside directors, board diversity, earnings management and managerial incentives to bear risk, *The Financial Review*, 38:1 (2003) 1-24.

¹³³ Para uma análise global dos resultados destes estudos, vide GEORGES DIONNE e THOURAYA TRIKI – *Risk Management and Corporate Governance: The Importance of Independence and Financial Knowledge for the*

V. No que diz respeito à definição de independência dos membros da comissão de auditoria, essencial à discussão sobre os requisitos de independência que recaem sobre os mesmos. Devemos começar por advertir que não obstante termos antes defendido uma solução idêntica à norte-americana (no que respeita à exigência de que todos os membros da comissão de auditoria sejam independentes) não podemos defender a definição de independência dos membros da comissão de auditoria expressa no *Sarbanes Oxley Act* como adequada à realidade europeia, na medida em que não considera a independência dos mesmos face aos accionistas dominantes.

De acordo com a secção 301(3)(A) deste diploma, cada membro da comissão de auditoria será um membro do conselho de administração da sociedade emitente e será independente. Acrescenta a secção 301(3)(B) que «para ser considerado independente (...), um membro da comissão de auditoria de uma sociedade emitente não pode, salvo na condição de membro da comissão de auditoria, do conselho de administração ou de qualquer outra comissão do conselho – (i) aceitar quaisquer honorários por consultoria ou aconselhamento ou quaisquer outras compensações da sociedade emitente; ou (ii) ser afiliado da sociedade emitente ou de qualquer subsidiária desta»¹³⁴.

Na sequência do exposto em cima sobre a influência dos accionistas dominantes nos sistemas da Europa Continental, qualquer definição de independência dos membros da comissão de auditoria tem de assegurar um espaço de liberdade destes face àquele tipo de accionistas¹³⁵.

4.1.4. A competência técnica dos membros da comissão de auditoria

I. Os requisitos de competência técnica dos membros da comissão de auditoria constituem outro ponto de divergência entre as soluções norte-americana e europeia. Uma vez mais seguindo uma prática já estabelecida, o *Sarbanes Oxley Act* requer¹³⁶ (de acordo com o

Board and the Audit Committee. HEC Montreal Working Paper No. 05-03. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=730743>.

¹³⁴ Note-se que os critérios estabelecidos pela Bolsa de Nova Iorque quanto à independência dos membros da comissão de auditoria, ainda que mais desenvolvidos, também não abordam directamente a independência face aos accionistas dominantes. Vide *NYSE Listed Company Manual*, Secções 303.01(B)(2)(a) (*Composition/Expertise Requirement of Audit Committee Members*) e 303.01(B)(3) (*Independence Requirement of Audit Committee Members*). Disponível em http://www.nyse.com/Frameset.html?displayPage=/lcm/lcm_whatnews.html. Não poderia no entanto considerar-se como independente um membro da comissão de auditoria que fosse dependente dos accionistas dominantes, face ao critério geral de independência estabelecido na secção 303.01(B)(2)(a) do *NYSE Listed Company Manual*, segundo a qual, «Cada comissão de auditoria será composta por três administradores que não tenham qualquer relação com a sociedade que possa interferir com o exercício da sua independência face à administração e à sociedade». Também o Relatório *Blue Ribbon* (vide supra nota 82) omite qualquer referência à independência face aos accionistas dominantes (vide Recomendação 1, p. 10-11).

¹³⁵ Não temos a pretensão de apresentar aqui uma proposta concreta de redacção de um critério de independência, limitamo-nos apenas a fazer constar esta última consideração. Note-se que nem a Recomendação da Comissão Europeia sobre independência dos auditores nem a Directiva relativa à revisão legal das contas individuais e consolidadas apresenta qualquer definição de independência dos membros da comissão de auditoria. No entanto, o Relatório Winter II (vide supra nota 84) referia no seu capítulo III – “Governo de Sociedades” (p. 8) a propósito da independência dos administradores independentes que «Determinadas relações com a sociedade, os seus administradores executivos ou accionistas dominantes também podem limitar a independência».

¹³⁶ Nos termos da Secção 407 do *Sarbanes Oxley Act*, a SEC tem de adoptar normas que requeiram a divulgação trimestral e anual de informação sobre se pelo menos um dos membros da comissão de auditoria é um perito contabilista e, caso não seja, porquê.

esquema *comply or explain*¹³⁷) que todos os membros da comissão de auditoria tenham algumas noções de contabilidade e que pelo menos um deles seja um “perito contabilista”¹³⁸.

II. Na União Europeia, o Relatório Winter II recomenda que todos os membros do conselho de administração tenham “conhecimentos básicos de contabilidade” e que o seu nível de conhecimentos seja divulgado anualmente. Esta solução rejeita implicitamente a exigência do *Sarbanes Oxley Act* de que pelo menos um dos membros da comissão de auditoria seja um perito contabilista.

A Directiva inclui uma solução ainda menos exigente, não requerendo sequer que os membros da comissão de auditoria tenham os tais “conhecimentos básicos de contabilidade”, nem que um deles seja um perito em contabilidade. Requer apenas que um dos membros da comissão tenha “competência nos domínios da contabilidade e/ou da revisão ou auditoria” (cf. n.º 1 do artigo 41.º)¹³⁹.

III. Esta solução parece-nos ser claramente insuficiente. Na medida em que a comissão de auditoria seja responsável pela supervisão do processo de informação financeira e da auditoria interna e externa, parece-nos ser essencial que todos os seus membros tenham pelo menos algum tipo de formação ou experiência contabilística para que possam cumprir adequadamente as suas funções.

Na verdade, entendemos que todos os membros do conselho de administração deveriam ter capacidade para ler e entender as contas da sociedade pelas quais são responsáveis. Mas estes conhecimentos são ainda mais importantes para os membros da comissão de auditoria atendendo às suas funções específicas. Estes têm de ter capacidade para identificar situações contabilísticas menos claras, colocar as questões certas acerca das mesmas aos funcionários da sociedade, aos administradores executivos e aos auditores, bem como para interpretar as respostas obtidas. Para tanto não têm de ser peritos contabilísticos, mas têm de ter pelo menos alguns conhecimentos de contabilidade e/ou de auditoria. No mínimo têm de conseguir ler e compreender o balanço, a demonstração de resultados e a demonstração dos fluxos de caixa.

Os conhecimentos contabilísticos podem advir da experiência profissional, qualificações académicas ou outras das quais resulte a sua sofisticação financeira¹⁴⁰.

Devemos ainda acrescentar, uma vez mais seguindo GUIDO FERRARINI¹⁴¹, que as razões apresentadas justificam igualmente que pelo menos um dos membros da comissão seja um

¹³⁷ Este esquema traduz-se na exigência de que as sociedades que não possam cumprir os requisitos impostos por lei justifiquem às autoridades de supervisão porque é que não o podem fazer, sendo essa informação disponibilizada aos investidores. Esta solução implica um juízo do mercado sobre as opções dessas sociedades. Caso os investidores achem que a justificação não é suficiente, a sua opinião acabará por se reflectir no preço dos valores mobiliários emitidos por essas sociedades.

¹³⁸ A SEC foi também incumbida da definição do termo “perito contabilista”, considerando se uma pessoa tem a necessária competência «*through education and experience as a public accountant or auditor or a principal financial officer, comptroller, or principal accounting officer of an issuer, or from a position involving the performance or similar functions*».

¹³⁹ Note-se que, nas suas origens no sistema inglês, o auditor não tinha de possuir formação contabilística. Assumia-se apenas como um fiduciário dos accionistas, encarregado de fiscalizar a administração da sociedade, podendo para tanto recorrer aos serviços de peritos contabilistas (ou outros) por conta da sociedade. Hoje é comumente aceite que o auditor tem de ser um perito contabilista, mas as considerações iniciais poderiam valer então para os membros do órgão interno de fiscalização (quando existam) (Vide a este propósito o art. 13.º Decreto-Lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969, sobre o poder dos membros do conselho fiscal de se fazerem assistir por técnicos ou outros auxiliares). Este parece ser o entendimento que resulta das propostas comunitárias, onde não se exige que os membros da comissão de auditoria tenham competência técnica em matéria de contabilidade e/ou auditoria. Expomos em seguida a nossa crítica a esta solução, por entendermos ser ineficaz e ineficiente face às exigências actuais de fiscalização das sociedades de interesse público.

¹⁴⁰ A este propósito vide Relatório *Blue Ribbon*, p. 25.

perito em contabilidade, sob pena de a comissão ter de recorrer constantemente a consultoria externa, sendo essa solução menos funcional e bastante mais onerosa para a sociedade. Com efeito, não nos parece viável que a comissão possa tomar posição sobre questões controversas sem ouvir um perito em contabilidade.

Finalmente, note-se que a solução *comply or explain* (como a adoptada nos EUA) introduz a flexibilidade necessária para legitimar o não cumprimento pelas sociedades que não estão em condições de cumprir, desde que justifiquem devidamente essa opção. Neste caso caberá ao mercado ajuizar sobre a bondade das opções da sociedade.

4.1.5. A introdução da comissão de auditoria em Portugal

I. De acordo com os Princípios da OCDE sobre governo de sociedades¹⁴², não existe um modelo único de boa governação, pelo que, na transposição das orientações internacionais (e em especial europeias) sobre a comissão de auditoria, devemos privilegiar o aproveitamento das estruturas com tradições em Portugal, evitando transpor acrítica e apressada essas orientações internacionais ou considerar isoladamente o modelo anglo-americano das comissões de auditoria¹⁴³.

II. Conscientes desta realidade, defendemos em tempos¹⁴⁴ que a transposição para o nosso direito das normas sobre a comissão de auditoria devia basear-se na adaptação do conselho fiscal, que tem uma tradição de mais de 130 anos em Portugal¹⁴⁵. Nesse sentido, alertámos para a desarticulação existente entre o CSC, o CVM e o EOROC¹⁴⁶, revelada em diversos aspectos, desde logo:

- (a) *Na sobreposição da figura do ROC no CSC e do auditor externo no CVM*: solução que é solução é ineficiente e potencialmente confusa para os investidores porquanto a certificação legal de contas¹⁴⁷ e o relatório do auditor externo¹⁴⁸ têm um conteúdo equivalente¹⁴⁹ e são, na prática e em geral, realizadas pelo mesmo auditor ou por auditores da mesma rede. Exactamente por isso, afirmou a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) em 1995 que estes dois documentos se podiam fundir num só¹⁵⁰, desde que sejam cumpridos todos requisitos do relatório do auditor externo.
- (b) *No não reconhecimento do auditor externo pelo CSC*: não sendo esta figura regulada pelo CSC, ficam por responder diversas perguntas sobre a sua relação com a sociedade. Parece-nos que as questões mais graves se prendem com a sua nomeação e destituição, ou mesmo com a sua remuneração. Na medida em que nada dispõem o CSC e o CVM,

¹⁴¹ FERRARINI – *European Corporate Governance*, p 5.

¹⁴² OCDE – *Principles of Corporate Governance* (<http://oecd.org/dataoecd/47/50/4347646.pdf>).

¹⁴³ Cf. PAULO CÂMARA – *A Actividade de Auditoria*, p. 95.

¹⁴⁴ Posição defendida no relatório apresentado no Programa de Mestrado e Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa que esteve na base deste artigo e que pode ser consultado. Vide supra nota 1.

¹⁴⁵ Introduzido pela Carta de Lei de 22 de Junho de 1867, a chamada Lei das Sociedades Anónimas.

¹⁴⁶ Neste sentido vide PAULO CÂMARA – *A Actividade de Auditoria*, p.95 e s.

¹⁴⁷ Nos termos do art. 451.º n.º 3 do CSC.

¹⁴⁸ Nos termos do art. 8.º n.º 1 do CVM.

¹⁴⁹ Apesar de o conteúdo do relatório do auditor externo ser mais extenso do que o da certificação legal de contas. Para uma análise comparativa do conteúdo de ambos os tipos de documentos, vide MÁRIO FREIRE – FUSÃO entre o Relatório do Auditor Externo e a Certificação Legal de Contas, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 12 (Dezembro de 2001).

¹⁵⁰ IDEM. Este artigo de MÁRIO FREIRE reproduz o parecer da CMVM com as necessárias actualizações.

o auditor externo é na prática, e em geral, nomeado pelo órgão de administração a quem deve fiscalizar, gerando-se desta forma um grave conflito de interesses¹⁵¹.

- (c) *Na nomeação do ROC*: nos termos do CSC¹⁵² cabe sempre à assembleia geral a nomeação do ROC. Nos termos do EOROC¹⁵³, a nomeação entre duas assembleias gerais cabe ao presidente da respectiva mesa e, na sua falta, ao órgão de administração, cabendo à assembleia geral ratificar a decisão na primeira reunião realizada após a nomeação.

Para além destas questões, considerámos ainda outras, relacionadas com a estrutura do sistema de *fiscalização privada* das sociedades comerciais antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, que revelavam a sua inadequação face à introdução das novas orientações sobre a comissão de auditoria nas sociedades de interesse público¹⁵⁴, a saber:

- (a) *Funções*: Antes de mais, o conselho fiscal estava pensado para fiscalizar o conselho de administração (e em determinados casos a assembleia geral) e não o auditor, pelo que as suas funções teriam de ser ajustadas a esta nova realidade.
- (b) *Fiscal único*: A introdução da comissão de auditoria nas sociedades de interesse público em Portugal não é compatível com a substituição do conselho fiscal por um fiscal único (que é necessariamente um ROC) solução adoptada por 44% das sociedades admitidas à negociação no mercado de cotações oficiais e 50% das sociedades negociadas no segundo mercado¹⁵⁵.
- (c) *Integração do ROC no conselho fiscal*: A integração do ROC no conselho fiscal não é compatível com as novas funções de selecção e supervisão desse revisor a atribuir ao conselho fiscal.
- (d) *Independência dos membros do conselho fiscal*: O regime de incompatibilidades dos membros do conselho fiscal¹⁵⁶ está pensado para assegurar a sua independência face à administração da sociedade e não face aos accionistas dominantes, pelo que, na sequência de tudo quanto foi exposto anteriormente, o regime de incompatibilidades

¹⁵¹ Não obstante o disposto no art. 50.º n.º 1 do EOROC referir que «a designação de revisores oficiais de contas para o exercício da revisão legal de contas de empresas ou de outras entidades cabe à respectiva assembleia geral ou a quem tiver competência para o efeito, nos termos das disposições legais aplicáveis», acrescentando o art. 41.º que «os exames e outros serviços relacionados com as contas de empresas ou de outras entidades efectuados de acordo com as normas técnicas aprovadas ou reconhecidas pela Ordem definem-se por: a) revisão legal das contas, quando decorrentes de disposição legal; b) auditoria às contas, quando decorrentes de disposição estatutária ou contratual; c) serviços relacionados com os referidos nas alíneas anteriores, quando tenham uma finalidade e ou um âmbito específicos ou limitados».

Perante esta definição de “revisão de legal de contas”, entendemos que a nomeação do auditor externo para os efeitos do CVM deveria caber sempre à assembleia geral, salvo no caso previsto no n.º 3 do art. 50.º do EOROC que afirma que «A designação de revisor oficial de contas entre duas assembleias é da competência da respectiva mesa e, na sua falta, do órgão de gestão, devendo ser submetida à ratificação pela assembleia geral seguinte, sob pena de eventual resolução do contrato pelo revisor oficial de contas [...]». Solução de resto contrária ao disposto no CSC para o ROC, como veremos em seguida.

¹⁵² Arts. 415.º e 446.º do CSC.

¹⁵³ Art. 50.º n.º 3 do EOROC.

¹⁵⁴ Referidas ao longo deste capítulo 4.1.

¹⁵⁵ Segundo dados de PAULO CÂMARA – *A Actividade de Auditoria*, p. 96.

¹⁵⁶ Cf. art. 414.º n.º 3 do CSC.

teria de ser adaptado por forma a garantir a independência dos membros do conselho fiscal.

- (e) *Competência técnica dos membros do conselho fiscal*: O CSC não estabelece quaisquer critérios de competência técnica dos membros do conselho fiscal. Assim, apenas o ROC tem a capacidade técnica necessária à adequada fiscalização da administração da sociedade. Esta situação deveria ser corrigida¹⁵⁷ e conjugada com a exclusão do ROC do conselho fiscal¹⁵⁸.
- (f) *Eleição e destituição do auditor*: A eleição e destituição do auditor pela assembleia geral¹⁵⁹ está de acordo com as propostas comunitárias, mas não com a nossa proposta de nomeação pelo conselho fiscal, pelo que, na nossa opinião, também este regime deveria ser alterado.

III. Com a aprovação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, o legislador português procurou dar resposta a estas questões (não só no modelo monista, mas também no modelo dualista e no novíssimo modelo dito anglo-saxónico), embora nem sempre da forma mais adequada. Com efeito, basta contrapor as nossas propostas anteriores às soluções actualmente consagradas no Código das Sociedades Comerciais para concluirmos que o legislador nem sempre andou bem.

4.2. A relação entre os auditores e os seus clientes

I. Entende-se, em geral, que qualquer tipo de relação entre o auditor e os seus clientes para além da prestação de serviços de auditoria pode prejudicar a sua independência. A prestação de serviços extra-auditoria pode ser especialmente problemática, mas existem outro tipo de relações entre os auditores e os seus clientes que também suscitam preocupações diversas.

II. A Directiva relativa à revisão legal de contas, adoptando uma vez mais uma solução baseada em princípios gerais, refere que o auditor não deverá participar em qualquer processo de decisão do seu cliente e não poderá auditar as suas contas caso tenha qualquer relação financeira, empresarial, de trabalho ou de qualquer outro tipo com o mesmo que possa comprometer a sua independência, nomeadamente se lhe presta serviços adicionais¹⁶⁰. O futuro dirá se esta solução garante de forma suficientemente eficaz a independência dos auditores, especialmente quando comparada com soluções mais rígidas como a de proibição directa de prestação de determinados serviços extra-auditoria simultaneamente com os serviços de auditoria, tal como consta do *Sarbanes Oxley Act*¹⁶¹.

III. Em Portugal, a relação entre os auditores e os seus clientes é abordada antes de mais pelo EOROC, segundo o qual os revisores oficiais de contas: (i) não podem ser beneficiários de vantagens particulares ou deter quaisquer valores mobiliários emitidos pelas entidades a quem prestem serviços de auditoria ou por outras que com ela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do art. 21.º CVM¹⁶²; (ii) não podem exercer funções de administração noutras sociedades¹⁶³; (iii) não podem exercer função de revisor

¹⁵⁷ De acordo com a nossa posição supra referida em 4.1.4.

¹⁵⁸ Supra referida no parágrafo (c)

¹⁵⁹ Cf. arts. 415.º e 419.º do CSC.

¹⁶⁰ Cf. art. 22.º da Directiva.

¹⁶¹ Atendendo à importância e complexidade da discussão sobre a prestação de serviços extra-auditoria pelos auditores, reservámos a sua análise para o capítulo seguinte.

¹⁶² Cf. art. 11.º do EOROC.

¹⁶³ Cf. art. 77.º n.º1 do EOROC.

oficial de contas em sociedades em que tenham participação no capital social ou cônjuge, parente ou afim até ao 3.º grau na linha colateral nela exercendo funções de administração¹⁶⁴; (iv) não podem prestar serviços que ponham em causa a sua independência profissional¹⁶⁵; (v) não podem exercer função de revisor oficial de contas numa sociedade em que tenham exercido funções de membro do órgão de administração nos últimos 3 anos¹⁶⁶.

Também o Regulamento da CMVM n.º 6/2000 contém uma norma sobre conflitos de interesses. Assim, dispõe o art. 11.º do mesmo que os auditores registados na CMVM¹⁶⁷ não podem ser beneficiários de vantagens particulares ou deter, directamente ou por interposta pessoa, quaisquer valores mobiliários emitidos pelas entidades a quem prestem os serviços previstos no art. 8.º do Código dos Valores Mobiliários ou por outras entidades que com elas se encontrarem em relação de domínio ou de grupo nos termos do art. 21.º do CVM.

IV. Uma outra questão também abordada tanto pelo *Sarbanes Oxley Act*¹⁶⁸ como pela Directiva relativa à revisão legal das contas individuais e consolidadas¹⁶⁹ é a exigência do chamado período de “*cooling-off*”. Este é o período durante o qual o auditor não pode aceitar um cargo de gestão numa sociedade que tenha sido sua cliente. As soluções adoptadas dos dois lados do Atlântico são no entanto diferentes no que respeita à extensão do período, às pessoas afectadas e, especialmente, ao conteúdo da proibição¹⁷⁰.

V. Os Estados Unidos adoptaram um período de “*cooling-off*” muito restritivo. De acordo com o *Sarbanes Oxley Act*, as sociedades de auditoria não poderão efectuar uma revisão legal de contas de um cliente se algum dos seus altos funcionários tiver colaborado com a sociedade de auditoria e tenha participado, a qualquer título, na auditoria desse cliente no ano anterior. Note-se que, por um lado, esta norma estabelece um período de apenas um ano. E, por outro, esta norma abrange todos os altos funcionários que tenham estado ao serviço dessa sociedade de auditoria e participado na auditoria desse cliente no ano anterior.

VI. Na União Europeia, de acordo com a Directiva, «[o] revisor oficial de contas ou o sócio principal que realiza a revisão legal das contas em nome de uma sociedade de revisores oficiais de contas não pode assumir posições de gestão fundamentais na entidade examinada durante um período mínimo de dois anos após a cessação das suas funções enquanto revisor oficial de contas ou de sócio principal responsável pelo trabalho de revisão ou auditoria»¹⁷¹.

Esta norma impõe um período de “*cooling-off*” de dois anos aplicável apenas ao «revisor oficial de contas ou [ao] sócio principal que realiza a revisão legal das contas em nome de uma sociedade de revisores oficiais de contas». O período estabelecido é pois mais longo e o conteúdo da proibição é mais vasto do que nos EUA, na medida em que proíbe directamente o auditor (ou o sócio responsável da sociedade de auditoria) de aceitar qualquer cargo de gestão importante durante o período estabelecido, em vez de se limitar a vedar à sociedade de auditoria a realização da revisão legal de contas do cliente durante esse período.

¹⁶⁴ Cf. art. 78.º n.º 1 a) e b) do EOROC.

¹⁶⁵ Cf. art. 78.º n.º 1 c) do EOROC.

¹⁶⁶ Cf. art. 78.º n.º 1 d) do EOROC.

¹⁶⁷ Bem como os revisores oficiais de contas contratados e, no caso de sociedades, os respectivos sócios.

¹⁶⁸ Secção 206 do *Sarbanes Oxley Act*.

¹⁶⁹ Art. 42.º, n.º 3, da Directiva.

¹⁷⁰ Note-se que já no anteprojecto de VAZ SERRA ao actual art. 262.º do CSC, este autor propunha que os ROC não pudessem assumir, durante os cinco anos subsequentes à cessação das suas funções, tornar-se gerentes das sociedades que tivessem fiscalizado, nem membros do órgão de administração ou fiscalização de sociedade que possuísse dez por cento do capital social da sociedade fiscalizada ou de cujo capital esta possuía dez por cento. Esta proposta sugeria ainda que esta proibição se estendesse aos sócios de uma sociedade de revisores de contas. Cf. RAUL VENTURA – *Sociedades por Quotas*, Vol. 3, p. 205.

¹⁷¹ Art. 42.º, n.º 3, da Directiva.

VII. Estas diferenças são relevantes se atendermos, desde logo, aos riscos inerentes à assumpção de um cargo de gestão pelo antigo auditor. Na verdade, por um lado, o auditor pode ser persuadido pela promessa de um cargo de gestão para colaborar nas práticas fraudulentas do seu cliente. Por outro, um auditor que assuma um importante cargo de gestão no seu cliente estará numa posição privilegiada para pressionar a sua antiga sociedade para colaborar em futuras práticas fraudulentas.

Atendendo a estes dois tipos de risco, parece-nos mais acertada a solução europeia, não só quanto às pessoas abrangidas pela proibição mas também quanto ao seu conteúdo.

No que respeita às pessoas afectadas, o sócio responsável da sociedade de auditoria é quem dirige a revisão legal de contas da sociedade e, portanto, é aquele que tem de ser persuadido a não colaborar com práticas fraudulentas dos seus clientes em troca de um cargo de gestão. Acresce que, em princípio, apenas um ex-sócio de uma sociedade de auditoria tem capacidade para pressionar a sua antiga sociedade para colaborar em futuras fraudes do cliente. Entendemos então ser excessiva a extensão subjectiva da solução norte-americana.

No que respeita ao conteúdo da proibição, a solução europeia minimiza ambos os riscos supra referidos, enquanto a solução norte-americana minimiza apenas o segundo ao não permitir que a sociedade de auditoria reveja as contas durante o período estabelecido.

4.3. A prestação de serviços extra-auditoria

4.3.1. A problemática da proibição de prestação de serviços extra-auditoria

I. A prestação simultânea de serviços de auditoria e de serviços extra-auditoria é um dos temas mais discutidos no âmbito da reforma do regime jurídico da fiscalização de sociedades, tanto nos Estados Unidos como na Europa. Apesar de ser um sub-capítulo da relação entre os auditores e os seus clientes, optámos por analisá-lo em capítulo autónomo dada a sua importância e complexidade.

II. Segundo JOHN COFFEE¹⁷², uma das principais causas das fraudes nos Estados Unidos foi o aumento exponencial dos incentivos dos auditores para colaborar com os seus clientes ao longo dos anos 90, à medida que as principais sociedades de auditoria (as chamadas *Big Five*¹⁷³) se aperceberam do quanto podiam beneficiar com a prestação simultânea de serviços de auditoria e extra-auditoria. Com efeito, muitos viam a prestação de serviços de auditoria como uma ferramenta para atrair clientes lucrativos a quem vendiam serviços extra-auditoria¹⁷⁴. Desde o início dos anos 90 e até à entrada em vigor do *Sarbanes Oxley Act*, assistia-se a uma tendência crescente para as sociedades pagarem muito mais por serviços de consultoria do que por serviços de auditoria¹⁷⁵.

¹⁷² COFFEE – *It's About the Gatekeepers*.

¹⁷³ Arthur Andersen; Deloitte & Touche; Ernst & Young; KPMG; e PW Coopers.

¹⁷⁴ Vide KAM WAH LAI e ANDREW YIM – *Non-Audit Services and Big 5 Auditor Independence: Evidence from Audit Pricing and Audit Opinion of Initial Engagement* (<http://ssrn.com/abstract=340000>). Neste art. os autores examinam o preço e a opinião das primeiras auditorias quando as sociedades de auditoria também prestam serviços extra-auditoria. Com base em informação norte-americana, concluem que quando as cinco grandes sociedade de auditoria prestam serviços de auditoria é mais provável que cobrem menores honorários pelos serviços de auditoria.

¹⁷⁵ O volume de serviços extra-auditoria prestados a clientes de auditoria não era relevante antes dos anos 90, mas o seu crescimento nesta década foi surpreendente. Vide SEC Release No. 33-7919 sobre “*Final Rule: Revision of the Commission's Auditor Independence Requirements*”. Vide também COFFEE – *It's About the Gatekeepers*, p. 14. De acordo com este autor, as grandes sociedades norte-americanas normalmente pagavam aos seus auditores três vezes mais por serviços de consultoria do que por serviços de auditoria. De acordo com uma pesquisa feita em 2002 pelo Chicago Tribune, as cem maiores sociedades na área de Chicago (determinadas

Ainda segundo o mesmo autor, este facto gerou dois problemas. Em primeiro lugar, criou um incentivo para os auditores quererem agradar aos seus clientes e, em segundo, permitiu aos clientes pressionar os seus auditores, ameaçando dispensar os seus serviços de consultoria.

O primeiro problema afectava não apenas as sociedades de auditoria, mas também o sócio responsável pela auditoria, por dois motivos. Em primeiro lugar, porque a remuneração deste era indexada ao valor dos serviços de consultoria que conseguisse vender ao seu cliente de auditoria. Em segundo lugar, porque os demais sócios o pressionavam para vender esses serviços.

O segundo problema estava relacionado com a dificuldade prática de destituição do auditor, na medida em que o Direito norte-americano impõe a divulgação das razões que implicaram essa destituição, sujeitando assim a sociedade auditada a supervisão das autoridades e ao embaraço público¹⁷⁶. A combinação de serviços de auditoria com serviços extra-auditoria permite uma pressão silenciosa dos clientes que ameaçam dispensar os serviços de consultoria se o auditor não colaborar na prestação dos serviços de auditoria. Segundo JOHN COFFEE, apesar de este ser um problema teórico, por não se conhecerem casos reais, o facto é que este problema é coerente com a informação disponível. De acordo com o estudo de RICHARD FRANKEL, MARILYN JOHNSON e KAREN NELSON, as sociedades que contrataram mais serviços extra-auditoria aos seus auditores (em percentagem do total dos honorários pagos à sociedade de auditoria) correspondiam mais facilmente ao perfil da sociedade envolvida em gestão de proveitos (*earnings management*)¹⁷⁷.

III. Aos problemas derivados da vontade de agradar ao cliente e à pressão inerente¹⁷⁸ soma-se o risco de auto-revisão. Este tipo de risco era já considerado nos Estados Unidos e na

pela sua capitalização bolsista) pagavam em média três vezes mais por serviços de consultoria do que por serviços de auditoria. Vide JANET KIDD STEWART e ANDREW COUNTRYMAN – Local Audit Conflicts Add Up: Consulting Deals, Hiring Practices In Question, *Chicago Tribune*, February 24, 2002, p. C-1. O exemplo de um caso extremo é o da Motorola, que apresentava um rácio de 16:1 entre os honorários pagos por serviços de consultoria e por serviços de auditoria.

¹⁷⁶ Nos Estados Unidos, o *Item 4* (“*Changes in Registrants Certifying Accountant*”) do *Form 8-K* requiere a sua apresentação à SEC no prazo de cinco dias após a demissão ou destituição do auditor independente da sociedade ou de qualquer subsidiária relevante. Este documento deverá divulgar quaisquer desacordos ou litígios entre a sociedade e o auditor, nos termos do *Item 304* da *Regulation S-K*. Vide 17 CFR 228.304 (“*Changes in and Disagreements With Accountants on Accounting and Financial Disclosure*”).

Em Portugal, a destituição de membros do órgão de fiscalização de sociedades cotadas tem de ser divulgada nos termos do art. 3.º alínea f) do Regulamento da CMVM n.º 4/2004. Esta obrigação não é aplicável à destituição do auditor externo quando este não seja o ROC membro do órgão de fiscalização da sociedade. Mas neste caso a divulgação poderá ainda ser imposta caso se entenda que a destituição do auditor cabe no conceito de “facto relevante”, nos termos do art. 248.º do CVM, i.e. caso a sua incidência sobre a situação patrimonial ou financeira ou sobre o andamento normal dos seus negócios seja susceptível de influir de maneira relevante no preço das acções.

¹⁷⁷ RICHARD FRANKEL, MARILYN JOHNSON, e KAREN NELSON – *The Relation Between Auditors’ Fees for Non-Audit Services and Earnings Quality*. MIT Sloan Working Paper No. 4330-02 (<http://ssrn.com/abstract=296557>). As sociedades que compravam mais serviços extra-auditoria tinham maior probabilidade de atingir ou ultrapassar os objectivos dos analistas financeiros, encaixando no perfil da sociedade jogando “*the numbers game*”. Vide COFFEE – *It’s About the Gatekeepers*, p. 15.

Sobre o conceito de *earnings management* vide JOHN C. COFFEE JR. – *The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence and the Governance of Accounting* (Maio 2001), Columbia Law and Economics Working Paper No. 191 (<http://ssrn.com/abstract=270944>), p. 35.

¹⁷⁸ Estes riscos foram identificados pela Comissão Europeia como riscos de “interesse pessoal” e “intimidação”, na Recomendação sobre independência dos auditores, ponto A.3 do Anexo.

Europa anteriormente, mas, na sequência dos últimos escândalos financeiros, tornaram-se mais óbvias as suas possíveis consequências¹⁷⁹.

IV. Devemos realçar que o problema da prestação simultânea de serviços de auditoria e extra-auditoria se verifica também em Portugal, onde, de acordo com um estudo da CMVM, cerca de 50% das receitas das sociedades de auditoria provêm da prestação de serviços extra-auditoria¹⁸⁰.

V. Perante os problemas apresentados, as reacções divergiram dos dois lados do Atlântico, acima de porque a pressão que recaía sobre o Congresso norte-americano o levou a adoptar medidas mais duras. A solução norte-americana consistiu na proibição expressa de prestação simultânea de serviços de auditoria e de determinados serviços extra-auditoria¹⁸¹. Já a solução europeia (incluída na Directiva relativa à revisão legal de contas), passou pela proibição de prestação de serviços extra-auditoria sempre que estes ponham em causa a independência do auditor, cabendo a este determinar quando é que a prestação desses serviços coloca em risco a sua independência.

Na exposição de motivos da Proposta de Directiva relativa à revisão legal de contas, a Comissão Europeia refere ser sua intenção promover um estudo para determinar se são necessárias medidas adicionais para proibir a prestação de serviços extra-auditoria pelos auditores.

Apesar disso, na sua Recomendação sobre Independência dos Auditores, onde estabeleceu alguns princípios fundamentais e orientações que constituem o núcleo regulamentar desta matéria, enumerou um conjunto de serviços extra-auditoria que deveriam ser vedados aos auditores, caso não sejam reunidas um conjunto de garantias de independência¹⁸². A Comissão começou por identificar aquelas situações em que o risco é demasiado elevado e que portanto deveriam ser evitadas, indicando depois as condições em que deveriam ser expressamente proibidas.

¹⁷⁹ Há auditores que não concordam com a conclusão de que a prestação de serviços extra-auditoria limita a independência dos auditores. Vide e.g. MARK L. DEFOND, KANNAN RAGHUNANDAN, e K.R. SUBRAMANYAM, *Do Non-audit Service Fees Impair Auditor Independence? Evidence from Going-concern Audit Opinions* (<http://ssrn.com/abstract=297747>); e HOLLIS ASHBAUGH, RYAN Z. LAFOND, e BRIAN MAYHEW – *Do Non-Audit Services Compromise Auditor Independence? Further Evidence* (<http://ssrn.com/abstract=305720>).

¹⁸⁰ Vide PAULO CÂMARA – *A Actividade de Auditoria*, p. 97. Segundo o estudo referido por este autor em 2003, os serviços de consultoria representavam então 49,75% no cômputo global de serviços cobrados a empresas cotadas.

¹⁸¹ Assim, a Secção 201 do *Sarbanes Oxley Act* proíbe às sociedades de auditoria a prestação de nove tipos de serviços extra-auditoria: «(1) o depósito dos livros da sociedade ou a prestação de outros serviços relacionados com os registos contabilísticos ou as demonstrações financeiras do seu cliente de auditoria; (2) a criação e implementação de sistemas de informação financeira; (3) a avaliação, a prestação de *fairness opinions* ou a preparação de relatórios sobre contribuições em espécie; (4) os serviços actuariais; (5) a auditoria interna; (6) serviços de gestão ou recursos humanos; (7) a corretagem (serviços de *broker* ou *dealer*), a consultoria financeira ou a auditoria de investimentos; e (9) qualquer outro serviço que o PCAOB^(*) proíba, por regulamento». Esta lista reflecte um compromisso na medida em que a prestação de serviços de consultoria fiscal, uma das maiores fontes de rendimentos das sociedades de auditoria, não foi proibida. Os auditores podem prestar outros serviços extra-auditoria aos seus clientes de auditoria desde que obtenham aprovação das correspondentes comissões de auditoria.

^(*) *Public Company Accounting Oversight Board*, criado pelo *Sarbanes Oxley Act* para supervisionar a actividade de auditoria a nível federal nos Estados Unidos.

¹⁸² A Comissão Europeia já tinha anunciado na sua “*First EU response to Enron related policy issues*” (*Note for the Informal ECOFIN Council, Oviedo April 12 and 13, 2002*), que a Recomendação incluiria “*a number of instances where the provision of certain non-audit services to the audit client (such as a general outsourcing of internal audit or the design and implementation of financial information technology systems) [would be] prohibited because these services are perceived as causing an unacceptably high level of risk to an auditor’s independence.*”

O princípio geral explícito na Recomendação da Comissão é que, ao efectuar uma revisão legal de contas, o auditor tem não só de “ser”, mas também de “parecer ser” independente¹⁸³. Assim, este não deve efectuar uma revisão legal de contas quando tenha qualquer tipo de relação com o cliente que, na opinião razoável de um terceiro, possa comprometer a sua independência¹⁸⁴.

A Recomendação refere ainda que quando o auditor preste serviços extra-auditoria a um cliente deve tomar as medidas necessárias para garantir não só (i) que os seus colaboradores que prestam serviços ao cliente não participam em qualquer processo de decisão do cliente, mas também (ii) a redução de quaisquer riscos de dependência para um nível aceitável¹⁸⁵.

A Recomendação inclui ainda uma lista das situações de risco que devem ser proibidas se não forem verificadas determinadas condições de salvaguarda da independência¹⁸⁶. A este propósito importa realçar ainda duas questões: (i) em primeiro lugar, a Comissão adoptou esta posição de proibição (flexível) de prestação de determinados serviços extra-auditoria num instrumento não vinculativo e decidiu não a incluir na proposta da Directiva, reafirmando apenas o princípio geral de que o auditor deve ser e parecer independente aquando da revisão legal de contas, devendo rejeitar a prestação de quaisquer serviços extra-auditoria que possa comprometer a sua independência na revisão legal de contas¹⁸⁷; (ii) em segundo lugar, apesar de a lista de serviços proibidos pela Recomendação ser parecida com a lista da Secção 201 do *Sarbanes Oxley Act*, um dos mais importantes serviços extra-auditoria não foi incluindo na primeira: corretagem, consultoria financeira e auditoria de investimentos. No entanto, apesar de não serem directamente proibidos, estes serviços não poderão ser prestados quando ponham em causa a independência dos auditores. De acordo com o princípio geral estabelecido na Recomendação e reafirmado na Directiva relativa à revisão legal de contas, caberá a cada auditor provar que a prestação de serviços extra-auditoria não prejudica a sua independência (nem a sua aparência de independência).

Esta solução (baseada em princípios gerais e não em proibições expressas) parece-nos ser mais equilibrada do que a posição radical adoptada pelo *Sarbanes Oxley Act* (apesar de os seus méritos estarem ainda por verificar). Por um lado, inverte o ónus da prova, impondo ao

¹⁸³ A tradução desta recomendação para a língua portuguesa não foi, uma vez mais, feliz. Assim, o texto oficial em português refere que «Ao efectuar uma revisão legal de contas, o revisor oficial de contas deve agir com independência, tanto de espírito como em relação aos seus actos, face ao cliente da revisão legal de contas».

¹⁸⁴ Esta Recomendação da Comissão foi já acolhida em Portugal pela CMVM, nomeadamente através do Regulamento n.º 7/2001, sobre o governo das sociedades cotadas. De acordo com este diploma, deve constar do relatório sobre o governo da sociedade: (i) a descrição dos serviços extra-auditoria prestados pelo auditor; (ii) a remuneração paga por esses serviços; (iii) a percentagem correspondente no computo global da remuneração do auditor; e (iv) descrição dos meios de salvaguarda da independência do auditor que foram implementados.

A este regime acresce um outro de aplicação mais vasta, estabelecido pelo EOROC. De acordo como este diploma, os revisores oficiais de contas não podem prestar serviços que ponham em causa a sua independência profissional (Cf. art. 78.º n.º 1 alínea d).

¹⁸⁵ A Recomendação da Comissão sobre independência dos auditores sugere ainda diversos mecanismos para mitigar as ameaças à independência do auditor. Vide ponto B.4 e correspondente secção no anexo.

¹⁸⁶ A lista das situações de risco que devem ser proibidas inclui: (1) a preparação de registos contabilísticos e demonstrações financeiras; (2) a preparação e implementação de serviços tecnológicos de informação financeira; (3) os serviços de avaliação; (4) a participação em auditorias internas do cliente; (5) a actuação por conta do cliente na resolução de litígios; e (6) o recrutamento de pessoal para altos cargos de gestão.

¹⁸⁷ Vide art. 22.º, n.º 2, da Directiva que dispõe: «[o]s Estados-Membros devem assegurar que os revisores oficiais de contas ou as sociedades de revisores oficiais de contas não realizem revisões legais de contas, caso exista qualquer relação financeira, empresarial, de trabalho ou de qualquer outro tipo — **incluindo a prestação de serviços complementares que não sejam de revisão ou auditoria** —, directa ou indirecta, entre o revisor oficial de contas, a sociedade de revisores oficiais de contas ou a rede e a entidade examinada, em virtude da qual um terceiro objectivo, racional e informado, concluiria que a independência do revisor oficial de contas ou da sociedade de revisores oficiais de contas estava comprometida» (sublinhado nosso).

auditor a prova da sua independência, consubstanciando assim um incentivo à criação de mecanismos adequados à manutenção da sua independência. Por outro lado, permite uma prestação de serviços mais eficiente, porquanto permite ao auditor usar o conhecimento e informação recolhida na prestação de serviços extra-auditoria, sempre que isso não afecte a sua independência (ou aparência de independência).

A este propósito devemos realçar os argumentos apresentados por BENITO ARRUÑADA, segundo o qual a prestação de serviços extra-auditoria pelos auditores aos seus clientes de auditoria reduz os custos totais, aumenta a competência técnica e motiva uma competição mais intensa. Acresce que estes serviços não prejudicam necessariamente a independência do auditor ou a qualidade do serviço de auditoria.

Entendemos então ser preferível o desenvolvimento e uso de medidas de salvaguarda disponibilizadas pela livre acção das forças do mercado. A regulamentação deve permitir às partes (sociedades de auditores, entidade de auto-regulação e clientes de auditoria) descobrir (através da interacção competitiva no mercado) tanto a conjugação mais eficiente de serviços de auditoria e extra-auditoria como a correspondente qualidade das medidas de salvaguarda, ajustando-se ao custo e aos benefícios de cada possibilidade¹⁸⁸.

VII. Em síntese, a posição cautelosa assumida pela Comissão, baseada num sistema de princípios gerais (e não numa proibição expressa) parece ser mais adequada face à fragilidade da independência do auditor – causada pela prestação de serviços extra-auditoria – apesar de não reforçar a confiança dos investidores na profissão em tão larga medida como o *Sarbanes Oxley Act*.

4.3.2. A problemática da remuneração variável das sociedades de auditores e dos seus sócios

I. Tal como referido anteriormente, a venda cruzada de serviços de auditoria e de serviços extra-auditoria pelos auditores gera duas situações problemáticas. Em primeiro lugar, as sociedades de auditoria reduzem os preços da revisão legal de contas para garantir a preferência dos seus clientes, compensando essa redução com a venda a esses mesmos clientes de serviços extra-auditoria altamente rentáveis. Em segundo lugar, a remuneração dos sócios das sociedades de auditoria é frequentemente determinada pelo volume de serviços extra-auditoria vendidos aos seus clientes de auditoria.

II. Estes problemas foram enfrentados nos Estados Unidos ainda antes da aprovação do *Sarbanes Oxley Act*. Na verdade, já a Regra 2-01(b)¹⁸⁹ definia que «a SEC não considerará um auditor como independente, face a um cliente de auditoria, se esse auditor não for, ou se um investidor razoável com conhecimento dos factos e circunstâncias relevantes concluir que esse auditor não é capaz de exercer um juízo objectivo e imparcial em todos os assuntos abrangidos pela prestação de serviços de auditoria». Acresce que a subsecção (c)(5) dessa mesma regra define que um auditor não é independente se «recebe de um cliente de auditoria uma remuneração ou comissão determinada pela verificação de determinadas condições».

Com base nestas regras, JOHN COFFEE¹⁹⁰ defendeu em 2001 que o condicionamento da remuneração de um sócio de uma sociedade de auditoria pela venda de serviços extra-auditoria implicava que não só esse sócio, mas também a própria sociedade não pudessem ser

¹⁸⁸ Cf. BENITO ARRUÑADA – The Provision of Non-Audit Services by Auditors: Let the Market Evolve and Decide. *International Review of Law and Economics*. 19:4 (Dezembro de 1999) 513-31. Também disponível em <http://ssrn.com/abstract=224744>.

¹⁸⁹ De *Regulation S-X*. Vide 17C.F.R. §210.2-01(b).

¹⁹⁰ COFFEE – *The Acquiescent Gatekeeper...*, p. 44 e s.

considerados independentes. A conclusão deste autor deriva da aplicação do teste da “aparência objectiva” (isto é, concluiria um investidor razoável com conhecimento dos factos e circunstâncias relevantes que esse auditor é incapaz de analisar objectiva e imparcialmente todos os assuntos abrangidos pela auditoria?) extraído da referida Regra 2-01.

A questão perdeu alguma relevância desde a entrada em vigor do *Sarbanes Oxley Act* que proibiu a prestação simultânea de serviços de auditoria e de nove tipos de serviços extra-auditoria¹⁹¹ aos seus clientes de auditoria. Acresce que, entretanto, a SEC decidiu abordar directamente esta questão através da Regra 2-01(c)(8), segundo a qual «um auditor não é independente do cliente de auditoria se, em qualquer momento durante a prestação de serviços, qualquer sócio receber compensação determinada pela venda de serviços ou produtos para além dos serviços de auditoria, revisão ou certificação»¹⁹².

III. Na União Europeia o problema não foi ainda resolvido. Apesar de tanto a Recomendação da Comissão Europeia sobre a independência dos auditores como a Directiva conterem disposições segundo as quais os honorários têm de ser adequados, não influenciados pela prestação de serviços adicionais ou baseados na verificação de condições – resolvendo o primeiro problema referido em cima – não contém qualquer referência à remuneração dos sócios das sociedades de auditores.

Apesar disso, entendemos que a regra geral da Recomendação da Comissão sobre Independência dos auditores¹⁹³ pode ser aplicada nos termos defendidos em 2001 por JOHN COFFEE para a Regra 2-01. A parte relevante desta regra geral dispõe que «a principal forma de um revisor oficial de contas demonstrar ao público que uma revisão legal de contas foi efectuada de acordo com os princípios [de objectividade, integridade e independência] consiste em agir, e mostrar que age, com independência». Ainda, o comentário ao parágrafo A.1 do Anexo explica que o requisito de independência aplicável ao auditor abrange simultaneamente (i) a independência de espírito, i.e., o estado de espírito do auditor, tendo em conta todos os factores pertinentes para a tarefa a executar; e (ii) a independência aos olhos de terceiros, devendo o auditor evitar factos e circunstâncias significativos susceptíveis de levar um terceiro razoável e informado a pôr em causa a capacidade do auditor para agir objectivamente. Neste sentido dispõe ainda o n.º 2 do artigo 22.º da Directiva relativa à revisão legal de contas, o qual estabelece um padrão de independência objectiva por referência à avaliação de «um terceiro objectivo, racional e informado».

Segundo a construção de JOHN COFFEE, dificilmente um terceiro razoável e informado acreditaria na independência da sociedade de auditores se a remuneração do sócio responsável pela auditoria de um cliente dependesse da venda de serviços extra-auditoria a esse cliente.

Apesar de esta solução ser facilmente sustentável, teria sido preferível abordar directamente esta questão na Recomendação sobre independência dos auditores ou mesmo na Directiva.

4.4. A rotação dos auditores

I. A questão da rotação dos auditores nasceu em 1939 nos Estados Unidos, aquando da investigação do caso *McKesson & Robbins, Inc.*¹⁹⁴ pela SEC¹⁹⁵, e tem sido tema de

¹⁹¹ Identificados em 4.3.1 supra.

¹⁹² Vide SEC Release No. 33-8183, de 28 de Janeiro de 2003.

¹⁹³ Vide secção A.1.

¹⁹⁴ Este caso envolveu práticas fraudulentas do seu antigo presidente, Donald Coster, e seus irmãos que roubaram cerca de 2,9 milhões de dólares da sociedade, através de esquemas complexos que envolviam sociedades e armazéns fictícios e a falsificação de muitos documentos. Atendendo à falta de determinados procedimentos de

discussão a propósito da reforma da fiscalização das sociedades comerciais há já alguns anos, em diversos ordenamentos.

II. Em geral, os apoiantes desta solução afirmam que a rotação do auditor pode aumentar a sua independência de duas formas distintas.

Por um lado, reduz a cumplicidade que naturalmente se desenvolve em relações contínuas. Para assegurar a independência das avaliações e juízos do auditor é essencial que este mantenha a objectividade aquando da análise das transacções e registos contabilísticos do cliente. A relação continua entre o auditor e o seu cliente cria laços profissionais e (por vezes) pessoais que acarretam uma crescente cumplicidade¹⁹⁶. A rotação periódica reduz este risco, potenciando análises mais objectivas. Por outro lado, a rotação obrigatória introduz um efeito dissuasor na medida em que o trabalho efectuado por um auditor será necessariamente revisto por outro auditor no fim do prazo de rotação. Para uma sociedade auditada será mais difícil persuadir o auditor a colaborar numa fraude perante o risco de essa colaboração ser detectada no futuro por outro auditor.

III. Por seu turno, os críticos desta solução apontam como principal inconveniente o aumento substancial do custo da auditoria, não só a nível do custo para o auditor inerente à primeira auditoria a um cliente novo (repercutido nos honorários cobrados a esse cliente e que inclui, entre outros, o custo do trabalho acrescido na confirmação do balanço inicial do cliente e na familiarização com os procedimentos contabilísticos do mesmo) mas também a nível do custo directamente suportado pela entidade auditada (referentes à selecção do auditor e à disponibilização de meios técnicos e humanos para acompanhar o novo auditor)¹⁹⁷.

auditoria “então inexistentes” a Price, Waterhouse & Co. não detectou a não existência de activos no valor de cerca de 19 milhões de dólares nem as vendas fictícias no valor de 18 milhões de dólares, nas contas de 1937.

¹⁹⁵ Para uma análise deste caso e das suas implicações, vide CHEW NG – *Rotation of Auditors: History and Recent Developments* (<http://www.muprivate.edu.au/fileadmin/SOE/acchist/conf3/Ng.pdf>) (“CHEW NG – *Rotation of Auditors*”).

¹⁹⁶ Vide COMISSÃO EUROPEIA – *Livro Verde sobre o “Papel, Estatuto e Responsabilidade do ROC na UE”*, parág. 4.15, onde se lê que «*Some commentators find cause for concern where a company retains the same auditors for a long period. It is argued that this can lead to too close and cozy a relationship with management, with the auditors becoming too responsive to management’s wishes*».

Vide também LEE METCALF – *The Accounting Establishment: A Staff Study*. U.S. Senate Subcommittee on Reports, Accounting and Management of the Committee on Government Operations, 94th Congress, 2nd Session. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1976, de acordo com o qual, «*Long association between a corporation and an accounting firm may lead to such close identification of the accounting firm with the interests of its clients management that truly independent action by the accounting firm becomes difficult*». Para uma apresentação do conteúdo deste relatório vide CHEW NG – *Rotation of Auditors*, p. 18.

¹⁹⁷ De acordo com ARRUNADA e PAZ-ARES – *Mandatory Rotation*, p. 32-44, a rotação obrigatória dos auditores aumenta explícita e implicitamente os custos da auditoria.

O aumento explícito dos custos está relacionado com a perda de determinados activos inerentes à relação contratual entre o auditor e o seu cliente. A reposição desses activos acarreta custos substanciais não só para o auditor, mas também para a entidade auditada.

Do ponto de vista do auditor que inicia a primeira auditoria a um novo cliente, é necessário desenvolver um trabalho acrescido para confirmar o balanço inicial do cliente (que em anos anteriores fora confirmado por outro auditor) e para se familiarizar com os procedimentos contabilísticos do mesmo (Para entender estes custos, basta analisar a lista de procedimentos inerentes a uma primeira auditoria, tal como consta das Normas Técnicas de Revisão/Auditoria e, em especial, da Directriz Técnica 500 da OROC).

Do ponto de vista do cliente, é necessário aplicar mais meios para tornar possível a primeira auditoria do que aqueles que seriam necessários numa auditoria subsequente. Antes de mais, é necessário aplicar meios na selecção do auditor, negociação das suas condições contratuais, e aprovação pela assembleia geral. Acresce que o cliente tem de dar assistência e colocar meios humanos e técnicos à disposição do auditor. Por fim, a primeira auditoria por um novo auditor normalmente acarreta alguma confusão financeira para o cliente, especialmente se este não dispõe de um eficiente sistema de auditoria interna.

IV. Apontam-se, ainda, em geral duas outras desvantagens: (i) o facto de a rotação dos auditores tornar o mercado de auditoria menos competitivo; e (ii) o facto de os erros de auditoria serem mais prováveis nas primeiras auditorias.

Ainda, no que respeita ao primeiro inconveniente apontado, relativa à influência desta medida sobre a concorrência no mercado dos serviços de auditoria, segundo ARRUNADA e PAZ-ARES¹⁹⁸ a rotação obrigatória reduz os incentivos dos auditores para competir com os seus concorrentes na medida em que dispersa as quotas de mercado (ao obrigar os auditores a abandonar os seus clientes ao fim de um determinado período) e facilita acordos de colusão (na medida em que os auditores terão um incentivo acrescido para recomendarem aos seus clientes outros auditores que, reciprocamente, os recomendem aos seus clientes¹⁹⁹⁻²⁰⁰).

No que respeita ao segundo aspecto referido, de acordo com o *US Quality Control Inquiry Committee*, os erros de auditoria são três vezes mais frequentes nos primeiros dois anos de prestação de serviços por um auditor²⁰¹. O relatório não explica no entanto se esta correlação resulta de uma maior probabilidade de erro nas primeiras auditorias ou de uma maior tendência de determinadas sociedades (com maior propensão para erros de auditoria)

O aumento implícito dos custos da auditoria pode ser dividido em três grupos distintos: (i) perda de activos não relacionados com a realização da primeira auditoria pelo novo auditor; (ii) custo de informação para o mercado (que não se pode basear na troca voluntária de auditores para identificar situações de conflito entre o auditor e o seu cliente); e (iii) custo de oportunidade traduzido num desencontro da oferta e da procura de determinado tipo de serviços de auditoria.

Entre os activos perdidos não relacionados com a realização da primeira auditoria, podemos incluir activos contratuais, como sendo a informação confidencial transmitida ao antigo auditor e a relação de confiança entre as partes (que facilita a transmissão de determinadas informações a baixo custo e a resolução de potenciais conflitos entre o auditor e o cliente), e activos informacionais, como sendo o conhecimento adquirido pelo antigo auditor dos sistemas contabilísticos e de controlo interno do seu cliente.

No que respeita aos custos de informação para o mercado, na medida em que a rotação obrigatória possa ser usada por uma entidade auditada para disfarçar uma situação de troca voluntária do auditor – normalmente associada a conflitos com o auditor e desejo de contratar um novo auditor mais conivente com determinadas práticas contabilísticas – o mercado será menos eficiente porque tem menos uma fonte de informação.

No que respeita ao custo de oportunidade traduzido num desencontro da oferta e da procura de determinado tipo de serviços de auditoria, devemos começar por referir que a procura de serviços de auditoria pode ter origem legal ou voluntária. À procura de auditorias legais (e.g. revisão legal de contas em Portugal) deve corresponder uma oferta constante em termos de qualidade. À procura de auditorias voluntárias deve corresponder uma oferta de diferentes soluções que se adaptem às necessidades concretas do cliente (ou suas contrapartes) em cada caso concreto. Assim, a imposição da rotação dos auditores implica um custo de oportunidade traduzido no facto de haver menor liberdade no encontro da oferta e da procura de serviços de auditoria adaptados a cada caso concreto.

¹⁹⁸ ARRUNADA e PAZ-ARES – *Mandatory Rotation*, p. 41-44.

¹⁹⁹ Neste sentido, houve alegações em Itália de que os auditores estariam a acordar entre si a troca de clientes após a entrada em vigor da rotação obrigatória e os preços a cobrar aos clientes. *Vide* C. HANCOCK – Italian Survey: Quality concern as price war rages. *European Accountant* (Junho 1993) 10-14, p. 10.

²⁰⁰ A esta perspectiva opõe-se a do Relatório Metcalf (EUA, 1976)(*Vide* supra nota 195) entre outras, segundo o qual a rotação obrigatória aumentaria a concorrência no mercado de auditoria, enfrentando a concentração do mesmo^(*) e os altos custos inerentes à mudança de auditor (Com a implementação desta solução os custos deixariam de relevar para a mudança do auditor, na medida em que esta passa a ser imposta por lei. Estes custos foram já analisados anteriormente).

^(*) Relembramos que o mercado de auditoria é um mercado altamente concentrado, principalmente no que respeita às auditorias das grandes sociedades. Assim surgiram expressões como as “*Big Six*” (Arthur Andersen; Deloitte & Touche; Ernst & Young; KPMG; Price Waterhouse; e Coopers & Lybrand), que depois passaram a “*Big Five*” com a fusão da Price Waterhouse e da Coopers & Lybrand e, finalmente, com a queda da Arthur Andersen, passaram a “*Big Four*”.

²⁰¹ No mesmo sentido *vide* J. HOYLE – *Mandatory Auditor Rotation: The Arguments and an Alternative*, *Journal of Accountancy*, Maio 1978, 67-78; e R. PETTY e S. CUGANESAN – *Auditor Rotation: Framing the Debate*, *the Australian Accountant*, Maio 1996, 40-41. Para uma análise mais detalhada das possíveis causas deste fenómeno, *vide* ARRUNADA e PAZ-ARES (*Mandatory Rotation*, p. 44-48).

para mudar de auditor. LENNOX tomou posição sobre esta questão procurando demonstrar que efectivamente é maior a probabilidade de erro nas primeiras auditorias²⁰².

A ideia subjacente a esta tese é que a qualidade da auditoria aumenta à medida que o auditor ganha experiência com o cliente²⁰³. Mas, em compensação, podemos afirmar que aumenta o risco associado à rotina das auditorias, o que pode implicar uma diminuição da qualidade das mesmas. Quanto mais prolongada for a relação do auditor com o seu cliente, maior será a probabilidade de que ele confie no trabalho realizado em anos anteriores, limitando-se a repetir determinados passos anualmente. Acresce ainda a tendência de o auditor antecipar os resultados do cliente, em vez de assumir uma atitude céptica face à informação recebida. Por fim, devemos ainda considerar os problemas associados à auto-revisão, na medida em que é natural que o auditor se sinta constrangido a assumir erros cometidos em auditorias passadas²⁰⁴.

V. Numa comparação crítica das vantagens e inconvenientes da rotação obrigatória de auditores, devemos tomar posição sobre as alternativas possíveis, a saber: (i) não imposição de qualquer obrigação de rotação; (ii) imposição da obrigação de rotação dos sócios da sociedade de auditoria responsáveis pela auditoria²⁰⁵; e (iii) imposição da obrigação de rotação da sociedade de auditoria²⁰⁶.

Atendendo aos elevados custos associados à rotação das sociedades de auditoria e ao facto de não podermos comprovar os benefícios associados a essa medida, entendemos ser mais equilibrada a segunda solução. Com efeito, a quase totalidade dos custos referidos anteriormente não se verifica com a mera rotação do sócio responsável pela auditoria, na medida em que a sociedade de auditoria mantém intactos os activos adquiridos em auditorias anteriores, mantém a competitividade do mercado de serviços de auditoria e reduz a probabilidade de erro inerente às primeiras auditorias. Por outro lado, através desta solução é possível reduzir, em determinada medida²⁰⁷, a cumplicidade que naturalmente se desenvolve em relações contínuas e introduzir um certo efeito dissuasor através do controlo do trabalho de cada sócio responsável pelo sócio que o sucede. É ainda possível enfrentar problemas como a rotina na revisão das contas, a antecipação de resultados e a auto-revisão.

Assim, esta parece-nos ser a melhor solução possível, não obstante entendermos que, idealmente, seria mais adequada a obrigação de rotação das sociedades de auditoria²⁰⁸, na medida em que temos algumas dúvidas sobre se, perante a mera rotação do sócio responsável da sociedade de auditoria, o novo sócio denunciará irregularidades cometidas pelo seu colega, colocando em risco a reputação da sociedade de auditoria e o seu próprio interesse na mesma²⁰⁹.

²⁰² CLIVE C. LENNOX – Do companies successfully engage in opinion shopping? Evidence from the UK, *Journal of Accounting & Economics*, 29 (2000) 321-337.

²⁰³ ARRUÑADA e PAZ-ARES afirmam que a rotação obrigatória implica um custo acrescido na medida em que em cada rotação é perdida a experiência adquirida e diminui o incentivo a investir nessa experiência. Vide ARRUÑADA e PAZ-ARES (*Mandatory Rotation*, p. 45).

²⁰⁴ *Idem*, p. 45-47. A este propósito vide também COUNCIL OF THE FEE – *Auditing, Independence and Objectivity*, 25 de Junho de 1995, ponto 3.7.

²⁰⁵ Ou do auditor no caso em que actue individualmente.

²⁰⁶ Ou do auditor no caso em que actue individualmente.

²⁰⁷ A cumplicidade verificada entre os clientes e os seus auditores não está patente apenas ao nível do sócio responsável pela auditoria e dos altos funcionários da entidade auditada. No entanto, é a este nível que se torna mais problemática essa cumplicidade.

²⁰⁸ Neste sentido, vide o nosso *Auditors as Gatekeepers: The European reform of auditors' legal regime and the American influence*, *The Columbia Journal of European Law*, 11:3 (Novembro de 2005).

²⁰⁹ Como referia CHEW NG «*Since we cannot observe auditor conduct or review audit processes, we are unable to conclude whether the benefits exceed the weaknesses for a particular approach. The debates then become an*

VI. Também nos Estados Unidos, seguindo o disposto no Relatório Blue Ribbon²¹⁰, o Congresso entendeu ser mais adequado impor apenas a rotação obrigatória do sócio responsável pela auditoria, estabelecendo um prazo de rotação de cinco anos²¹¹. No entanto, requereu ao *Comptroller General of the United States* um estudo sobre os potenciais efeitos da imposição da rotação das sociedades de auditoria²¹².

Na União Europeia, a Recomendação da Comissão Europeia sobre a independência dos auditores sugeriu a rotação dos sócios responsáveis num prazo de sete anos²¹³. Esta solução viria a manter-se no n.º 2 do artigo 42.º da Directiva relativa à revisão legal de contas, ao arremisso da proposta da Comissão Europeia, a qual apresentava como alternativa a rotação do sócio responsável pela auditoria de cinco em cinco anos ou a rotação sociedade de auditoria de sete em sete anos (*cf.* artigo 40(c) da Proposta de Directiva).

Entre os Estados-Membros, é já obrigatória a rotação das sociedades de auditoria em países como Bélgica, Espanha e Itália, a cada três anos, e em França, a cada seis anos²¹⁴ e é obrigatória a rotação dos sócios responsáveis pela auditoria em países como o Reino Unido²¹⁵ e Alemanha, a cada sete anos²¹⁶. Em Portugal não existe qualquer obrigação de rotação dos ROC. Estes são eleitos por um período máximo de quatro anos²¹⁷, mas são reelegíveis (*cf.* arts. 415.º e n.º 1 e 446.º n.º 2 do CSC). Quanto ao auditor externo, o CVM nada dispõe quanto à sua nomeação ou rotação.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

I. Atendendo ao imperativo de reforma do direito societário e, em especial, dos sistemas de fiscalização societária, o presente estudo debruça-se sobre uma modalidade específica da fiscalização das sociedades comerciais – a “fiscalização externa” – abordando o processo de reforma a nível europeu, a influência norte-americana e a sua transposição para o direito português.

II. Entendemos por fiscalização externa como a actividade de verificação e certificação das contas da sociedade comercial por um auditor independente (em Portugal, o ROC), integrada no conceito mais amplo da “fiscalização privada” – aquela que é desenvolvida por comissários, síndicos, ou revisores – que inclui também a “fiscalização interna” – que consiste na supervisão permanente da actividade do órgão de administração por um órgão de fiscalização interno (entre nós, conselho fiscal, fiscal único, conselho geral e de supervisão ou comissão de auditoria).

III. Analisado o regime português e vigor e a influência do Direito da União Europeia, afiguram-se-nos prioritários o reforço e garantia da independência dos auditores, condição essencial ao adequado desempenho das suas funções enquanto intermediário *reputacional*.

expression of personal opinion and will therefore continue to reoccur in the future». Vide CHEW NG – Rotation of Auditors, p. 18.

²¹⁰ *Vide supra* nota 82.

²¹¹ Secção 203 do *Sarbanes Oxley Act*.

²¹² Secção 207 do *Sarbanes Oxley Act*.

²¹³ *Vide supra* nota 58.

²¹⁴ De acordo com CLIVE C. LENOX – *Audit Quality and Auditor Switching: Some Lessons for Policy Makers*, 1998, p. 10 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=121048>).

²¹⁵ De acordo com a recomendação do Relatório Cadbury, *vide supra* nota 80.

²¹⁶ *Cf.* STEFAN W. SUCHAN – *Post Enron: U.S. and German Corporate Governance*, Cornell Law School LL.M. Paper Series, 2004. Disponível em <http://lsr.nellco.org/cornell/lps/papers/4/>.

²¹⁷ Antes da reforma de 2006, o ROC deveria ser eleito por um período máximo de quatro ou três anos, consoante estivessemos perante uma estrutura *monista* ou *dualista* de administração e fiscalização da sociedade (*cf.* arts. 415.º e n.º 1 e 446.º n.º 3 do CSC na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março).

IV. A independência dos auditores deve ser entendida como a ausência de interesse pessoal, auto-revisão, representação, familiaridade ou confiança, intimidação, ou qualquer outra circunstância que reduza a objectividade do auditor no cumprimento das suas funções. Nos países de estrutura accionista concentrada (como Portugal), a questão da independência dos auditores coloca-se não só face à administração, mas também face aos accionistas dominantes das sociedades auditadas. A independência dos auditores constitui, ainda, a garantia mínima da adequada fiscalização das sociedades comerciais, sendo essa fiscalização essencial à manutenção do equilíbrio do sistema e à protecção dos interesses dos investidores, credores e trabalhadores bem como do interesse público em geral.

VI. No que especificamente diz respeito à importância da comissão de auditoria, — entendida em sentido lato como assumido na discussão a nível comunitário, independentemente da sua concretização em cada Estado-Membro — a discussão europeia sobre este mecanismo seguiu de perto a discussão norte-americana, mas as propostas da Comissão Europeia — reflectidas na Directiva relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas — divergem das soluções norte-americanas em diversos aspectos. As diferenças mais significativas referem-se (i) aos poderes desta comissão, (ii) à determinação das sociedades sobre as quais incide a obrigação da sua criação e (iii) aos critérios de independência e competência técnica dos seus membros.

VII. No que respeita aos poderes da comissão de auditoria, defendemos uma aproximação ao modelo norte-americano, fundamentando esta opção em razões exclusivamente europeias. Com efeito, a divergência entre os dois modelos verifica-se sobretudo no poder de nomeação dos auditores. Enquanto na maioria dos Estados-Membros a nomeação do auditor compete à assembleia geral, nos EUA o *Sarbanes Oxley Act* impõe a sua nomeação pela comissão de auditoria. Ora, a nomeação do auditor pela assembleia geral, em mercados com estruturas accionistas concentradas, implica a sua dependência face aos accionistas dominantes. Se atendermos ao facto de que estes accionistas serem aqueles que têm um maior interesse na prática de fraudes contabilísticas, através da obtenção de benefícios privados em prejuízo da sociedade e dos demais *stakeholders* (como o demonstrou o caso Parmalat), facilmente podemos constatar que se impõe outra solução. Sugerimos então, como hipótese ideal, a nomeação do auditor pelos accionistas minoritários. No entanto, reconhecendo as dificuldades inerentes a esta solução, defendemos a nomeação do auditor pela comissão de auditoria, assegurando a independência do auditor e a participação de todos os accionistas na sua eleição, ainda que de forma indirecta. No que respeita à fixação da remuneração dos auditores, defendemos que este poder também deveria caber à comissão de auditoria, na medida em que a sua fixação pela administração abre a porta a possíveis pressões ao auditor. Quanto à possibilidade de fixação pela assembleia geral, somos forçados a reconhecer que na generalidade dos casos esta se limita a aceitar as propostas da administração, pelo que se impõe outra solução.

VIII. Quanto à determinação das sociedades sobre as quais incide a obrigação de criação de uma comissão de auditoria, concordamos com a solução europeia de impor a criação de tal mecanismo apenas às “entidades de interesse público relevante”, dado que a complexidade e os custos associados a esta medida não justificam a sua imposição às demais sociedades.

IX. Quanto à questão da independência dos membros da comissão de auditoria, contrariamente ao estabelecido pela Directiva relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, entendemos que todos os membros da comissão de auditoria devem ser independentes, porquanto esta é a solução que melhor defende o conceito da comissão de auditoria, enquanto fórum de discussão com o auditor à margem da pressão exercida pelos administradores executivos e pelos accionistas dominantes. Quanto à sua competência técnica, uma vez mais discordamos da solução apresentada na referida Directiva, na medida em que, pelo papel desempenhado pela comissão de auditoria na supervisão da informação

financeira a nível interno e do trabalho desenvolvido pelo auditor externo, entendemos que todos os membros da comissão de auditoria deveriam ter capacidade para ler e entender as contas da sociedade que têm de fiscalizar, de forma a poderem identificar situações contabilísticas menos claras, colocar as questões certas acerca das mesmas e interpretar as respostas obtidas. As mesmas razões justificam que pelo menos um dos membros da comissão seja um perito em contabilidade, sob pena de a comissão ter de recorrer constantemente a consultoria externa para analisar questões contabilísticas controversas, sendo essa solução menos funcional e bastante mais onerosa para a sociedade.

X. Tendo em conta os Princípios da OCDE sobre governo de sociedades, segundo os quais não existe um modelo único de boa governação das sociedades comerciais, entendemos ser de privilegiar na transposição de orientações internacionais (e em especial europeias), o aproveitamento das estruturas com tradições em Portugal. Assim, sugerimos em tempos a adaptação do conselho fiscal, que tem uma tradição de mais de 130 anos em Portugal, às funções da comissão de auditoria. Apesar de o nosso legislador ter resolvido muitos dos problemas que se colocavam através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, basta contrapor as nossas propostas às novas soluções legais para percebermos que o legislador nem sempre andou bem.

XI. Ficou no entanto por resolver a desarticulação actualmente existente entre o Código das Sociedades Comerciais, o Código dos Valores Mobiliários e o Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (em especial no que respeita à sobreposição da figura do auditor externo e do ROC) bem como, na sequência das propostas apresentadas, a reforma do sistema vigente através (i) da separação do ROC do conselho fiscal; (ii) da determinação das funções do conselho fiscal no que respeita à eleição, definição da remuneração, supervisão e destituição do auditor; e (iii) da definição dos critérios de independência e competência técnica dos membros do conselho fiscal.

XII. No que diz respeito à consagração de um período de “*cooling-off*” que se segue à revisão legal de contas, defendemos a solução europeia por nos parecer mais equilibrada, na medida em que, ao contrário do que sucede com a solução norte-americana, enfrenta os dois tipos de riscos inerentes a este tipo de situações, a saber, a capacidade do auditor que assume um importante cargo de gestão no cliente para pressionar a sua antiga sociedade de auditoria no sentido de colaborar em práticas fraudulentas e o incentivo do auditor à conivência pela promessa de um importante cargo de gestão.

XIII. Ainda dentro do tema das relações entre o auditor e o seu cliente, a questão da prestação simultânea de serviços de auditoria e extra-auditoria assumiu especial relevância por ter sido apontada como uma das principais causas das fraudes nos Estados Unidos, à medida que as principais sociedades de auditoria se aperceberam do quanto podiam beneficiar com a venda cruzada dos seus serviços de consultoria aos seus clientes de auditoria. Esta situação criou um incentivo para os auditores quererem agradar aos seus clientes de auditoria a quem pretendiam vender outros serviços e deu aos clientes de auditoria um instrumento de pressão sobre os seus auditores através da ameaça de dispensa dos seus serviços de consultoria. A estes problemas soma-se o risco de auto-revisão.

XIV. A venda cruzada de serviços extra-auditoria pelos auditores gera ainda outro problema, consubstanciado no conflito de interesses inerente à remuneração variável das sociedades de auditores e dos seus sócios. Parece-nos, no entanto, que deve ser proibido este tipo de soluções remuneratórias com base na regra geral da Recomendação da Comissão sobre Independência dos auditores, segundo a qual os auditores têm de “ser” e “parecer ser” independentes. Assim, não poderá ser considerada independente aquela sociedade de auditoria cujo sócio responsável pela auditoria seja remunerado de acordo com os serviços extra-auditoria que venda ao seu cliente de auditoria.

XV. Por fim, atendendo aos elevados custos associados à rotação das sociedades de auditoria e ao facto de não podermos comprovar os benefícios associados a esta medida, entendemos ser mais equilibrado impor apenas a rotação do sócio da sociedade de auditoria responsável pela revisão das contas. Com efeito, a quase totalidade dos custos referidos não se verifica na mera rotação do sócio responsável pela auditoria. Por outro lado, através desta solução é possível reduzir, em determinada medida, a cumplicidade que naturalmente se desenvolve em relações contínuas e introduzir um certo efeito dissuasor, através do controlo do trabalho de cada sócio responsável pelo sócio que o sucede. É ainda possível enfrentar problemas como a rotina na revisão das contas, a antecipação de resultados e a auto-revisão.